
ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG
SIGILLVM
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TS

ITALY

IL SISTEMA E LA STORIA

DEL

DRITTO ROMANO PRIVATO

IL SISTEMA E LA STORIA INTERNA

DEL

DRITTO ROMANO PRIVATO

DI

GIORGIO CRISTIANO BURCHARDI

RECATO DALL'ORIGINALE TEDESCO IN ITALIANO
ED ANNOTATO

DALL' AVVOCATO

PASQUALE DE CONCILIIS

VOLUME I.

IN NAPOLI
DALLA STAMPERIA DEL VAGLIO
1857

PREFAZIONE DEL TRADUTTORE

La Città eterna, che un tempo con la forza delle armi dominò il mondo, il domina tuttora con la sapienza delle sue leggi; imperocchè in alcune regioni queste leggi sono tuttavia in vigore come dritto comune, ed in altre, ove han cessato di essere in voga come dritto attuale, sono senza dubbio il fondamento principale e la sostanza delle leggi particolari del luogo. Il perchè lo studio del Dritto Romano in nessun paese civile può esser trasandato, e gli sforzi impotenti di qualche pseudo-giureconsulto, che avrebbe voluto sbandeggiarlo come inutile, sono oramai sopraffatti e vinti dalla voce di tutti coloro che per profondità di sapere e per l'ardente zelo ed amore della scienza meritano di essere tolti a guida dagli studiosi. Ma, quel che più monta, le esortazioni di costoro son confortate grandemente dall'esempio di uomini valorosissimi, che non rimangono mai dal ricercare e svolgere in ogni più riposta parte la sapienza delle leggi di Roma. Per verità questa nostra Italia che fu culla e centro di ogni civiltà, dalla quale nei tempi di universale barbarie si diffusero nelle altre parti di Europa i primi germi di una nuova civiltà, fu parimente la prima a richiamare, per così dire, a vita i preziosi monumenti della legislazione romana, la prima ad interpetrarli, ad intendere e dichiararne il concetto, la prima a diffonderli per tutte

le regioni anche più remote dell' Europa. Ma, gittato una volta il buon seme, non tardarono a venirne su i frutti; chè non era caduto sopra arido ed infecondo terreno. Sicchè in ogni parte di Europa sorsero più o men valorosi Giureconsulti, e furon date alla luce opere di giurisprudenza più o men celebrate e pregevoli. Ma comechè dall'Italia sia derivata e diffusa anche questa branca dell' umana civiltà, pure è forza confessare che il paese, ove ora più che altrove si studia il Dritto Romano è la Germania. Non si può dire a parole la robustezza di mente di quel popolo, il fino e sagace accorgimento, l'assiduità del lavoro e delle ricerche scientifiche. Le opere che su tal materia tuttodì vengono alla luce, e tra le quali non poche sono oltre ogni dire commendevoli, sono in tanta copia e così svariate, che il Puchta nella sua Introduzione allo studio del Dritto Romano attuale ben a ragione ha detto che la Germania rende ora largamente all'Italia già sua maestra in dritto ciò che ella un tempo le diede. E noi non dobbiamo rifiutare ciò che essa ci rende, nè avere a vile di studiare nelle sue opere, e giovarci del frutto dei suoi indefessi e profondi studii. Or tra le opere più recenti pubblicate in Germania ci è venuta a mano un'opera del ch. Giorgio Cristiano Burchardi intitolata *Sistema e Storia interna del Dritto Romano privato.*

L'autore in quest'opera ha avuto a scopo di riunire alla spiegazione delle singole teoriche del dritto privato la storia interna, cioè il graduato svolgimento delle medesime, affinchè dalla piena esposizione del lato storico di ciascuna materia di dritto se ne rendesse più agevole l'intelligenza, e seguitando fin dalla origine l'andamento ed il progresso di ciascuna istituzione, si vedesse come il pensiero giuridico si venne nelle sue esterne manifestazioni a poco a poco svolgendo, secondo il grado di civiltà del popolo, i cui rapporti giuridici era destinato a regolare. Dal che è manifesto che il lato storico del dritto non è una parte principale del lavoro, ma sibbene una parte subordinata ed aggiunta al sistema ed alla spiegazione delle singole teoriche, affinchè meglio se ne comprendesse l' idea che le informa. Con tale scopo l'autore facendo tesoro de' copiosi risultamenti degl' im-

mesi lavori storici fatti finora sul Dritto Romano, ha arricchito il suo Sistema di tutta la parte storica relativa a ciascuna materia, sceverandone soltanto il superfluo. Col qual mezzo egli ha renduto un importante servigio alla scienza ed agli studiosi; imperocchè sebbene per alcune particolari teoriche trovisi in alcuni trattati sufficientemente esposta la storia, pure ciò non si può dire di tutte, anzi per la più parte di esse sarebbe stato mestieri di andarla rintracciando in varie monografie, nelle quali tuttavia bene spesso non s'incontrano che dei frammenti. Laonde quest' opera ci è paruta soprammodo commendevole, e tale che i nostri studiosi di Dritto se ne potrebbero vantaggiare di molto. E però per ben meritare della scienza e della gioventù studiosa ci siam messi al nojosissimo lavoro della versione, ed ora la pubblichiamo per le stampe fornita di qualche nostra avvertenza ove ci è paruto che ve ne fosse mestieri. Vogliamo sperare che questa nostra fatica torni veramente utile a quei che si danno allo studio del Dritto, e, se questa speranza non ci fallisce, ce ne terremo abbastanza ricompensati.

IL SISTEMA E LA STORIA

DEL

DIRITTO ROMANO

PARTE GENERALE

CAPITOLO PRIMO

DE' DRITTI E DELLE OBBLIGAZIONI

I. NOZIONE.

§ 1. I dritti e le obbligazioni son fondati sul Dritto, imperocchè lo scopo di tutti i precetti del Dritto è di determinare le condizioni e i limiti della libertà, ed ogni libertà riconosciuta in Dritto chiamasi *dritto di* colui al quale appartiene. Tutte le esterne manifestazioni della libertà, cioè tutte insieme le azioni e le omissioni, alle quali l'uomo è autorizzato da un dritto, formano la sostanza ed il contenuto del medesimo, mentre ciò di che alcuno in forza di un dritto può disporre, ne forma la materia (1). Ma nel mentre il Dritto riconosce e garentisce ne' dritti una determinata libertà da parte di coloro ai quali i dritti si appartengono, restringe dall'altra parte la libertà di tutti gli altri; imperocchè in quel riconoscimento si contiene il divieto di tutto ciò che impedisce e pregiudica la legittima libertà di quei che hanno de' dritti da poter esercitare. Nondimeno oltre di questa generale restrizione di tutti, la quale è sempre di una specie negativa, può un dritto contenere eziandio una speciale limitazion di libertà per determinate persone, quando il suo scopo consiste preci-

(1) Questa nozione della materia de' dritti ha veramente qualche cosa d'indeterminato ma intorno a ciò così nella teoria come nell'uso comune del linguaggio manca tuttora una idea fissa e determinata; ciò per altro non è di molta importanza.

samente in questo, che un uomo possa obbligare altri ad una certa determinata azione o omissione, ed in generale a certe prestazioni; e questa positiva limitazione di libertà, ovvero il dovere, che un dritto genera in altri, a prestazioni di qualsivoglia specie appellasi obbligazione. La relazione di coloro tra i quali siffatti dritti ed obbligazioni han luogo chiamasi relazione di dritto (2), e le persone medesime son dette subbietto de' dritti e delle obbligazioni, ovvero delle relazioni di dritto. In ciascun dritto come in ciascuna relazione di dritto si può distinguere il fondamento materiale, e la formazione (costruzione) giuridica del medesimo. Quello consiste nello stato o effetto che un dritto mira ad attuare, e che si può immaginare anche facendo astrazione da ogni dritto; questa per contrario sta nelle giuridiche condizioni e ne' limiti che sono imposti ai diritti o alle relazioni di dritto, mediante i quali una libertà la prima volta si trasforma in dritto. Sotto certi rapporti tutto quanto il sistema di dritto si riduce alla formazione de' dritti e delle relazioni di dritto (3).

II. *Divisioni.*

§. 2. I dritti possono essere di specie molto diverse. Per non dire di una moltitudine di diversità, la cui spiegazione può esser riserbata ad altro luogo, si distinguono i dritti:

1. Per rispetto alla fonte, 1), in *jura civilia* e *naturalia*, de' quali quelli appartengono solo al dritto positivo, e questi hanno anche il loro fondamento nel dritto naturale (1); 2) dritti pubblici e privati, secondochè hanno la loro radice nel dritto pubblico o privato (2); 3) dritti generali, *jura communia*, che son fondati sopra generali disposizioni di drit-

(2) I Romani non hanno per significar questo altra parola che *jus*, p. e. *jus agnationis* per la relazione giuridica de' parenti fra loro. L. 12. D. *de* J. et. J. (1. 1.). Parimente manca ai Romani una espressione tecnica per l' obbligazione, imperocchè *obligatio* ha una significazione ristretta (§ 45). Più si avvicina *necessitas*, *Brissonio* de V. Signif. V. *necessitas*; talvolta si adopera anche *officium* L. 56. § 2. D. *mandati* (17. 1.) L. 22. pr. D. *de op. lib.* (38. 1.) L. 7. C. *de dotis promis.* (5. 11.)

(3) L. 41. D. *de leg.* (1. 3.) « *Totum autem jus consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo. Aut enim hoc agitur, quemadmodum quid cujusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat.* »

(1) Caj. I. 158.; 1. 3. J. *de legit. agnat. tut.* (1. 15.) § 11. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.) L. 8. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 8. D. *de Reg. jur.* (50. 17.)

(2) L. 5. § 2. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 3. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.)

to (3), e privilegi, *privilegia s. beneficia*, de' quali ci ha due maniere: i *dritti particolari* che provengono da particolari disposizioni di legge, e i *privilegi* in senso stretto, che il potere legislativo concede specialmente a persone individuali (4).

2. Per rispetto al contenuto, 1) in dritti *affermativi* se autorizzano ad un'azione, e *negativi* se danno la facoltà di omettere qualche cosa, 2) dritti *limitanti* e *limitati*, in quanto i dritti di più persone stanno in tal rapporto fra loro che il dritto di una tolga a quei dell' altro alcun che del suo legittimo contenuto.

3. Per rispetto all'acquisto ed al fondamento, 1) in dritti di stato, *jura status*, che sono immediatamente annessi al posto che uno occupa nella civil comunanza, e dritti *acquisiti* che presuppongono sempre un particolare acquisto; 2) dritti *presenti*, *jura quaesita*, che alcuno realmente ha, e *futuri* tra i quali son compresi i dritti *deferiti*, *jura delata*, pei quali si richiede ancora l' accettazione (5), e i dritti condizionali, la cui esistenza dipende tuttora da un avvenimento incerto.

4. Finalmente per rispetto alle persone, 1) in dritti *strettamente personali* che si rannodano ad un determinato individuo, cosicchè si estinguono con esso, e dritti trasmissibili, che possono trasferirsi in altri, e passano agli eredi; 2) dritti relativi o personali che si esercitano contro determinate persone, cui han per iscopo di obbligare, e dritti *assoluti* che non riguardano niuno in particolare e per conseguenza contengono solo una limitazione negativa di libertà per tutti. La divisione de'dritti in dritti personali, *jura in personam* s. *ad rem*, e dritti di dominio o dritti reali, *jura in rem* (6), ha dato occasione a molti errori (7) ed è anche infruttuosa, imperocchè la nozione dei *jura*

(3) L. 15. D. *de vulg. et pupill. subst.* (28. 6.) L. 51. § 4. D. *de fidejus.* (46. 1.) L. 37. D. *de jur. fisc.* (49. 14.) L. 9. C. *de in integr. rest. min.* (2. 22.)

(4) L. 6. D. *de integr. rest.* (4. 1.) L. 7. § 5. L. 42. D. *de minor.* (4. 4.) L. 15. D. *de vulg. et pupill. subst.* (28. 6.) L. 2. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 37. D. *de jur. fisc.* (49. 14.) L. 191. L. 196. D. *de reg. jur.* (50. 17.) L. 4. C. *qui bon. ced. poss.* (7. 71.)

(5) L. 151. D. *de* V. S. (50. 16.)

(6) Questa divisione e la loro indicazione è stata occasionata dalla distinzione romana di *actiones in personam* ed *in rem* (§ 62.) e dall' opposizione del *jus ad praebendam* ed *in praebenda* nel Cap. 40. *de praebendis* in VIto (3. 4.)

(7) Non solo si è molto disputato sul concetto de' *jura in rem*; J. F. *Thibaut* Diss. *de genuina juris person. et rer.* indole. Kil. 1796. 4.; A. Feuerbach Saggi civili Gies. 1803. 8. No. 8; ma anche maggiormente si è disputato sul numero de' medesimi. *Jugler* Articoli della Biografia giurid. vol. 2. p. 170 e seg. riferisce la storia dell' ultima contesa mossa da A. *Hahn de jure rerum et juris in rem speciebus* Helmst. 1639, 4.

in rem che alcuni per altro han creduto di trovare già negli antichi Romani come *meum est* (8), o *mancipium* (9), o *manus* (10), comprende dritti così svariati che svapora in una indeterminata generalità (11), e finchè non si ha una precisa e ferma nozione dell' obbietto de' dritti è impossibile di classificarli secondo il loro obbietto (12). Ma le sopradette distinzioni si possono applicare in parte anche alle obbligazioni; in fatti esse sono: 1) obbligazioni di dritto privato e di dritto pubblico; 2) affermative o negative; 3) condizionali o pure e semplici; 4) finalmente trasmissibili o non trasmissibili.

III. NESSO DE'DRITTI COI SUBBIETTI.

§. 3. Per regola generale i dritti competono direttamente ed immediatamente alle persone alle quali appartengono, di tal che si possono considerare come una proprietà delle medesime. Ma non di rado ha luogo un acquisto mediato, quando i dritti son rannodati, per così dire, ad un sostrato, in guisa che van sempre congiunti con esso e col medesimo si estinguono; in tal caso la persona non altrimenti che come possessore di quel sostrato possiede il dritto che con quello va annesso (1). Per lo più interviene che i dritti sono in questo modo attaccati a qualche cosa (2); nondimeno ci ha pure degli altri sostrati di dritti come gl' impieghi (3), e spesso anche i dritti possono divenir so-

(8) Du Roi nell' Archiv. per la pratica civ. vol. 6. No. 14. e 18. Vol. 7. p. 142. e segg.

(9) E. *Boeking* Diss. *de mancipii causis* Berlino 1826. 8.

(10) *Christiansen* Storia del dritto p. 134. e segg.

(11) Ogni potere giuridico sopra una cosa si può bene indicare con l' espressione *in manu habere*, e forse la parola *manus* o *mancipium* fu dagli antichi Romani frequentemente usata in questa significazione, al che accennano le parole *mancipare* e *manumittere*. Ma se da ciò si volesse formare un concetto giuridico, noi potremmo dire egualmente bene che noi ora abbiamo un dritto molto esteso che chiamasi potestà, giacchè noi parliamo di potestà patria, potestà maritale, potestà del tutore, potestà di prevostura, potestà di ufficio, potestà di governo, potestà spirituale, potestà di polizia, e via discorrendo.

(12) Sopra i diversi tentativi di classificare i dritti V. *Unterholzner* tratt. legal. Monaco 1810. No. 3. *Thibaut* Saggi Jena 1817. vol. 2. No. 1. e 2.; *Lohr* nel Magazzino per la giurispru. vol. 4. p. 2-5.; *Puchta* nel Museo del Reno vol. 3. p. 297. segg.

(1) *De Savigny* Sistema del dritto romano attuale vol. 2. § 103.

(2) L. 1. D. de serv. (8. 1.) L. 47. D. *de contrah. empt.* (18. 1.) L. 10. § 1. *de usuc.* (41. 3.) L. 1. § 43. 44. D. *de aqua quot.* (43. 20.)

(3) L. 56. L. 57. D. *de leg.* II. (31) L. 20. § 1. D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 35. D. *de auro leg.* (34. 2.) Nov. 134. c. 6.

strato di altri dritti (4), nel qual caso gli uni appellansi dritti principali, gli altri accessorii. Simigliantemente si dividono anche le obbligazioni in immediate, le quali si appoggiano alla stessa persona obbligata, e mediate, alle quali si è tenuto unicamente per ragione del possesso di una cosa (5), e che perciò possono anche appellarsi *obbligazioni delle cose, munera rerum s. patrimonii s. possessionis* (6).

IV. ESERCIZIO ED ATTUAZIONE DE' DRITTI.

§. 4. *Sta* nell'essenza di ciascun dritto, in quanto è una libertà legittima, che la persona possa far uso della libertà legittimamente riconosciuta, cioè che possa esercitare il dritto, quantunque l' esercizio ne possa esser differito e sospeso per qualche tempo (1). Poco importa che l'esercizio possa tornar grave e dannoso ad altri, purchè per altro non si trapassino i confini del dritto (2). Non pertanto questo esercizio non può avvenire solo nel fine di nuocere altrui, quando non si ha effettivamente alcun interesse di esercitare il dritto (3); neppure è permesso di valersi di un dritto per estorquere un vantaggio (4). Ne'dritti privati l'esercizio de' medesimi è volontario, non già obbligatorio; ma ne'dritti pubblici in alcune circostanze avviene il contrario (5). Nella maggior parte de'dritti sono ammessi eziandio de' procuratori, e non solo quelli che esercitano il dritto per conto di colui al quale esso appartiene (6), ma anche quelli che lo esercitano per loro propria utilità (7). Nondimeno ci ha de' dritti che si possono esercitar soltanto dalla persona alla quale appartengono (8). Se i dritti di diverse per-

(4) L. 6. L. 23. pr. D. *de hered. vel act. vend.* (18. 4.) L. 68. L. 178. L. 196. D. *de reg. jur.* (50. 17.) L. 6. L. 7. C. *de U.* et A. (4. 10.) L. 5. C. *de hered. vel act. vend.* (4. 39.) L. 8. § 4. C. *de praescr.* 30 *ann.* (7. 39.)

(5) L. 7. pr. D. *de publican.* (39. 4.) L. 9. § 1. 8. L. 14. § 3. D. *quod met. caus.* (4. 2.) L. 1. § 12. § 17. D. *si quadr.* (9. 1.) L. 7. L. 21. L. 26. § 4. L. 29. L. 42. § 2. D. *de noxal.* act. (9. 4.) L. 3. § 3. e seg. D. *ad exhib.* (10. 4.) Cic. in Verr. II. 3. c. 10. 13.

(6) L. 1. pr. L. 6. § 5. L. 18. pr. § 18-25. D. *de muneribus* (50. 4.)

(1) V. § 5. e § 38.

(2) L. 151. L. 155. D. *de R. jur.* (50. 17.) L. 21. D. *de aqua* (39. 3.) L. 24. § 12. L. 26. D. *de dam. inf.* (39. 2.) L. 9. D. *de* S. P. U. (8. 2.)

(3) L. 1. § 12. L. 2. § 9. D. *de aqua* (39. 3.) L. 3. pr. D. *de op. publ.* (50. 10.)

(4) L. 8. D. *de calumn.* (3. 6.) L. 2. D. *de concuss.* (47. 13.)

(5) Per es. ne' dritti di ufficio.

(6) Procuratori, tutori etc.

(7) Conduttori, cessionarii, *Missi in possessionem* etc.

(8) L. 8. pr. D. *de usu* (7. 8.)

sone non possono nel concorso esercitarsi pienamente, allora ha luogo la *collisione* de' dritti, la quale addomandasi *diretta* quando le persone hanno l' una rispetto all' altra de' dritti incompatibili, *indiretta* quando i dritti s' incontrano solo nel loro oggetto (9). In questa materia vale la regola generale che i dritti particolari si debbono preferire ai dritti generali, e i privilegi propriamente detti ai dritti particolari (10). D'altra parte è da esaminare se mai un dritto a cagione dell'età o di altre circostanze sia dalla legge preferito ad un altro (11). Se non s' incontra alcuna preferenza di tal fatta, allora nella collisione diretta i dritti venuti in collisione si escludono a vicenda, purchè non si tratti del caso che uno per l'esercizio del suo dritto intenda solo di rimuovere un danno da sè, e l' altro di far un guadagno (12). 2) Per contrario nella collisione indiretta per regola il possesso è cagione di preferenza, se alcuno abbia già conseguito l' oggetto del suo dritto (13). In caso diverso, se l' oggetto è divisibile, si dovrà dividere (14). Nondimeno per più casi vi sono anche degli altri espedienti (15). Ben diverso dall' esercitare i dritti è il farli valere quando sieno violati o contrastati, nel qual caso è forza che intervenga un costringimento per far riconoscere un dritto e per far cessare la molestia, o almeno per punire la violazione del dritto. Questo costringimento può seguire in due modi, o di propria autorità, o per via della giustizia, cioè per mezzo de' magistrati, che sono appunto istituiti per far valere i dritti (16).

(9) *Thibaut* Saggi vol. 2. n. 11. J. J. Wolters *de jure sing. de' privil. eorumque collisione et praelatione inter se*. Gött. 1809. 4.

(10) L. 80. D. de R. J. (50. 17.)

(11) L. 12. D. *de minor.* (4. 4.) L. 3. § 2. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 12. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 17. pr. L. 24. § 1. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(12) L. 11. § 6. L. 34. pr. D. *de minor.* (4. 4.) L, 14. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 33. L. 41. § 1. L. 206. D. *de* R. J. (50. 17.)

(13) L. 32. D. *de procur.* (3. 3.) L. 10. L. 16. § 8. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 12. D. *de donat.* (39. 5.) L. 19. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 6. § 7. L. 24. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.) L. 1. § 1. 2. L. 2. D. *de Salv. interd.* (43. 33.) L. 128. pr. D. *de* R. J. (50. 17.) L. 15. C. *de rei vind.* (3. 32.)

(14) § 6. J. *de hered. inst.* (2. 14.) L. 9. § 12. D. *eod.* (28. 5.) § 8. J. *de legat.* (2. 20.) L. 80. D. *de legat.* III. (32.)

(15) P. es. talvolta decide l' estimazione del giudice L. 8. D. *de pactis*. (2. 14.) talvolta anche la sorte L. 5. D. *famil. herc.* (10. 2.) L. 3. pr. C. comm. de legat. (6. 43.)

(16) Ved. il capitolo 5.

V. TEMPO IN CUI SI POSSONO ESERCITARE E FAR VALERE I DRITTI (*).

§ 5. Così per esercitare come per far valere un dritto può esser determinato un tempo sia dalla legge o dalle disposizioni de' magistrati, sia dalla volontà de' privati, e questo tempo può stabilirsi in tre modi: un termine di cominciamento, *dies ex quo*, dal quale il dritto comincia ad essere ammesso; un termine *finale*, *dies ad quem*, fino al quale il dritto può aver luogo; un *determinato punto di tempo*, nel quale il dritto si deve esercitare o far valere. Per siffatte determinazioni di tempo sono da osservare i seguenti principii.

1. Dopo Giulio Cesare, che fe computar l'anno dal corso del sole (1), questo anno solare serve di fondamento alla computazione del tempo nel Dritto romano. Per l'addietro i Romani aveano due diverse maniere di computar l'anno, l'origine delle quali viene attribuita a Romolo e a Numa Pompilio (2). L'anno di Romolo si componeva di dieci mesi, ciascuno a vicenda di 30 e di 31 giorno, e quindi durava 305 giorni (3). Per contrario l'anno di Numa era l'anno lunare di 355 giorni, che si scompartiva in dodici mesi, ai quali ogni due anni si aggiungeva un mese intercalare, *Mercedonius*, di 22 giorni, per mettersi in qualche modo in armonia col corso del sole (4).

2. Un giorno nel senso giuridico, *dies civilis*, per contrapposto al giorno naturale, *lux*, che si estende dal sorgere al tramontare del sole (5), comprende 24 ore, e si conta un giorno fisso da mezzanotte a mezzanotte, *ab hora sexta usque ad horam sextam noctis* (6). Il termine, o vogliam dire lo spazio di un anno, contiene 365 giorni (7), ed

(*) Eustatius *de intervallis et praescriptionibus* in *Leunclavii jus Graeco-Rom.* T. II. N. 6. ultima edizione di C. E. *Zachariae*. Heidelb. 1836. 8; *Gmelin* sul tempo e sulla computazione del tempo nell' archiv. leg. di *Dans*, *Gmelin* e *Tafinger*, vol. 1. p. 577. segg. de *Savigny* Sistema vol. IV. § 177 e segg.

(1) *Sueton.* in Caesare c. 40; *Censorinus de die natali* c. 20; *Dio Cass.* XLIII. 85; *Amm. Marcellinus* XXVI. I.; *Joan. Lydus de mensib.* III. 4.

(2) *L. Ideler Manuale di cronologia.* Berl. 1826, vol. II. p. 1. e segg. Confr. anche *Niebuhr* Stor. Rom. prima ediz. vol. I. p. 193 e segg.; *Hullmann Dritto dello stato dell' antichità* Colon. 1820 § 4. *Savigny* Sistema § 179 e segg.

(3) Un' applicazione di questo fu per la prima volta abolita da Graziano nella L. 2. C. *de secund. nupt.* (5. 9.)

(4) Si fa tuttora menzione del *Mercedonius* nella L. 98. § 1. *de* V. S. (50. 16.)

(5) L. 2. § 1. D. *eod.*; *Gmelin* op. cit. § 6.

(6) L. 8, D. *de feriis* (2. 12.) *Macrobii Saturnal* I. 3.

(7) L. 51. § 2. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 4. § 5. D. *de statu lib.* (40. 7.) L. 134. D. *de* V. S. (50. 16.)

il termine di un mese 30 giorni (8). Pare non pertanto che si sia lungamente dubitato se un mese si avesse a computare per 31 giorno (9), e fu stabilito che due mesi debbano contenere 61 giorno (10).

3. Forse per estendere il più che fosse possibile un termine fu ammesso che dal preciso momento in cui esso comincia si contino tante 24 ore quanti giorni esso contiene, il qual modo di computare chiamasi *computatio naturalis*. In questa computazione il compimento di un termine annuale ricade alla stessa data in cui è cominciato, o al 366 giorno (11). Ma la computazione civile ordinaria de' termini, *computatio civilis*, consiste nel noverare solamente i giorni fissi, *dies civiles*, riguardandoli come indivisibili (12), cosicchè il primo giorno si compie alla mezza notte, senza aver riguardo al momento in cui il termine è cominciato, e questo spira al cominciare dell' ultimo giorno, che si riguarda come un punto finale indivisibile, e ne' termini di un anno il 365 giorno forma questo punto finale (13). In alcuni casi intanto per ragioni di equità si richiede il compimento dell'ultimo giorno, perchè il termine s' intenda decorso (14).

4. Communemente si noverano tutti i giorni compresi in un dato termine, *tempus continuum* (15); nondimeno per eccezione non si tien conto di certi spazii di tempo (16), ovvero il corso del termine in gene-

(8) L. 28. L. 31. § 22. D. *de aed. ed.* (22. 2.) L. 11. § 1. 2. C. *de jur. delib.* (6. 30.) Nov. 115. c. 2.

(9) L. 3. § 12. D. *de suis et leg.* (38. 16.) confr. con la L. 12. D. *de statu hom.* (1. 5.) D. 5. pr. C. *de tempor. appell.* (7. 63.) *E. Schrader* dissert. civil. no. 3. *Savigny* Sistema § 181.

(10) L. 101. D. *de* R. J. (50. 17.)

(11) L. 3. § 3. D. *de minor.* (4. 4.)

(12) L. 8. D. *de feriis* (2. 12.)

(13) Niente è più conseguente che la proposizione la quale di frequente s' incontra che un anno cominciato al 1 Gennaio, *Kalendis Januarii*, si compia col cominciare del 31 dicembre, *pridie Kalendarum post sextam horam noctis*. L. 5. D. *qui test. fac. poss.* (28. 5.) L. 1. D. *de monum.* (40. 1.) L. 6. L. 7. D. *de usurpat.* (41. 3.) L. 15. pr. D. *de div. temp. praescript.* (44. 3.) L. 132. L. 124. D. *de* V. S. (50. 16.) Ciò s' intende di per sè quando si riflette all' indivisibilità del *dies civilis*. *Koch* sulla capacità di testare. Giessen 1796. 8. F. *Beinfelder*, *l'annus utilis* del Dritto romano. Stuttg. 1829. 8. p. 1-116. Di altra opinione è *Savigny* Sistema § 182 e segg.

(14) L. 6. D. *de* O. et A. (44. 7.) L. 6. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 30. § 1. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.) Contengono ancora un caso antiquato Gell. III. 2.; Macrob. Saturn. 1. 3. Confr. *Erb.* nel Mag. civ. di *Ugo* vol. V. n. 8.

(15) L. 8. D. *de his qui not.* (3. 2.) L. 7. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.) L. 31. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 8. C. *de dolo* (2. 21.)

(16) L. 5. C. *in quib. caus. in integr. rest. nec. non est* (2. 41.) L. 3. C. *de praescript. 30. ann.* (7. 39.) Caj. II. 173.

rale non comincia se non dopo che alcuno ha avuto notizia del suo dritto (17), e parecchi termini, introdotti negli editti pretorii (18) per gli atti giuridici, hanno la proprietà che si contano solo i giorni, nei quali alcuno ha avuto la possibilità di presentarsi alla giustizia, *quibus experiundi potestas est*, dal che è venuta la denominazione di *tempus utile* (19).

5. Ne' termini che si compongono di un determinato numero di giorni, nell'anno bisestile, il giorno intercalare vien riguardato come un giorno principale, mentre negli altri casi è un giorno aggiunto o accessorio (20). Si considera come giorno intercalare il *bis sextus posterior*, cioè il 24 febbraio (21).

VI. ACQUISTO E PERDITA DE' DRITTI.

1) *Principii generali.*

§ 6. I singoli dritti per una parte variano molto fra loro in quanto al modo di acquistarsi e di perdersi; ma in generale:

1. *L'acquisto di un dritto* presuppone due cose: 1) la possibilità giuridica del medesimo, giacchè l'esistenza di un dritto dipende dal concorso di parecchie circostanze e rapporti (1), 2) ed un modo legittimo di acquisto *modus adquirendi* (2), cioè un fatto, al quale la legge ha rannodato il dritto come conseguenza. Questi modi di acquisto, i quali possono consistere parte in avvenimenti transitorii e parte in uno stato durevole di cose, si dividono A. in *adquisitiones civiles* che appartengono propriamente al dritto Romano, ed *adquisitiones naturales* che son presi dal *jus gentium* (3); B. in *adquisitiones juris civi-*

(17) L. 19. L. 22. § 2. C. *de jur. delib.* (6. 30.)

(18) È una inesattezza quando il *tempus utile* chiamasi talvolta *legitimum tempus*, come nella L. 19. D. *de minor.* (4. 4.) L. 5. L. 6. *de tempor. in integr. rest.* (2. 53.)

(19) L. 2. D. *quis ordo* (38. 15.) L. 1. D. *de div. temp. praescript.* (44. 3.) L. 1. § 7. D. *quando appell.* (49. 7.) L. 55. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) Soltanto per alcuni casi e non già in generale sono aboliti i *tempora utilia* nella L. 7. C. *de temp. in integr. rest.* (2. 53.) L. 1. C. *de ann. except.* (7. 40.)

(20) L. 3. D. *de div. temp. praescript.* (44. 3.)

(21) L. 3. § 3. D. *de minor.* (4. 4.) L. 98. D. *de V. S.* (50. 16.)

(1) Specialmente qui appartiene la capacità del subietto di avere il dritto, e dell'obbietto, di formar la materia di un dritto. Del resto non occorre avvertire che io qui non richiamo l'antica falsa teorica del *titulus* e *modus adquirendi*.

(2) L. 2. D. *commun. praed.* (8. 4.) L. 10. pr. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(3) Caj. II. § 65. seg. IV. 16.; § 11. J. *de rer divis.* (2. 1.) L. 4. L. 5. D. de

lis seu ipso jure, *et praetoriae s. honorariae*, distinzione che si riferisce alla fonte, nella quale un modo di acquisto è stato introdotto, ma che sotto molti rapporti ha delle importanti conseguenze pratiche (4); C. in *adquisitiones gratuitae s. lucrativae*, quando l'acquisto ha luogo gratuitamente, ed *adquisitiones onerosae*, quando colui che acquista un dritto è tenuto in contracambio a qualche prestazione (5); D. in *acquisti intenzionali* mediante un atto che ha per proprio scopo la generazione di un dritto, ed *acquisti per opera della legge*, *adquisitiones lege s. ipso jure*, tra i quali si possono comprendere tutti gli altri fatti o avvenimenti che fanno nascere un dritto (6); finalmente E. in *acquisti derivativi ed originarii*, secondo che alcuno deriva o no il suo dritto da un altro, che rispetto all' acquirente chiamasi *auctor*. Se alcuno nell' acquisto derivativo ottiene un dritto, che il suo autore non è stato il primo a costituire, ma egli medesimo già possedeva, l'acquisto in tal caso addomandasi successione, per la quale ha vigore la regola naturale, che il successore non ha più diritto di quel che l' autore avea (7), e che del pari tutto ciò che per l' autore andava congiunto al dritto, passa nel successore tanto a suo benefizio quanto a suo danno (8).

2. Per quello che si attiene *alla perdita de' dritti*, la quale mai si presume (9), essa può avvenire o perchè il dritto in generale fu dato per un certo spazio di tempo assolutamente o relativamente determinato, o per fatti posteriori. Tra questi ultimi modi di perdere un dritto è importante distinguere quelli che dipendono dalla volontà medesima di chi ha il dritto, da quelli che avvengono senza sua volontà; imperocchè i primi dipendono dal principio che chi ha un dritto ne può

J. et J. (1. 1.) L. 23. pr. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 1. L. 53. D. *de adquir rer. dom.* (41. 1.), *Engelbach* sull' usucapione. Marb. 1828. § 2. segg.

(4) § 1. J. *de obligat.* (3. 12.) L. 1. pr. D. *quib. mod. ususfruct.* (7. 4.) L. 1. § 9. D. *de superf.* (43. 18.) Caj. IV. § 112.

(5) L. 4. § 29. 30. D. *de doli except.* (44. 4.) L. 15. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.)

(6) Ulp. XIX. § 17. § 3. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.) L. 1. pr. D. *de cur. fur.* (27. 10.)

(7) L. 54. L. 175. § 1. D. *de* R. J. (50. 17.)

(8) L. 59. L. 177. pr. D. *eod.* L. 18. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 6. L. 23. pr. D. *de hered. vel act. vend.* (18. 4.) L. 20. § 1. D. *de adquir. rer. dom.* (41. 1.) L. 9. § 2. L. 11. § 9. 10. L. 28. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.) L. 4. § 27. — 30. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(9) L. 1. C. *de probat.* (4. 19.) L. 12. D. *eod.* (22. 3.)

liberamente disporre, il che nondimeno non è sempre vero (10). Tra questi si annoverano segnatamente: 1) l'alienazione *alienatio*, mediante la trasmissione del dritto in un'altra persona, e 2) la rinunzia o l'abbandono *renunciatio s. remissio*, quando alcuno abbandona semplicemente il suo dritto (11). I casi principali della perdita involontaria sono la sopraggiunta incapacità di avere il dritto, e la perdita della cosa. Nondimeno ne' singoli dritti s' incontrano parecchi altri modi di perderli. Del rimanente in alcune congiunture i dritti perduti possono nuovamente ristabilirsi, imperocchè ci ha de' casi, in cui questi dritti o in seguito di posteriori avvenimenti rivivono da se stessi (12), o per l'autorità del magistrato possono venir restituiti (13).

2) *Della prescrizione in particolare*.*

§ 7. Una circostanza la quale in molti dritti, ma non però in tutti s' incontra come fondamento di un modo di acquisto o di perdita è l' esercizio o il non esercizio de' medesimi durante un certo spazio di tempo, il che appellasi prescrizione (1). Questa si divide:

1. Per riguardo all'effetto in *prescrizione estintiva*, la quale fa perdere i dritti, ed in *prescrizione acquistativa*, che consolida i dritti, delle quali la prima presuppone sempre il non esercizio del dritto, la seconda al contrario suppone l' esercizio di fatto di ciò che mediante la prescrizione si vuol elevare a dritto effettivo.

2. Per rispetto al tempo si divide in *prescrizione propria*, la quale si compie pel decorrimento di un determinato tempo, ed in *prescrizione immemorabile*, *praescriptio immemorialis s. vetusta*, la quale si appoggia alla presunzione legale, che ogni stato di cose, la cui origi-

(10) pr. § 1. 2. J. *quib. alien. lic. vel non*. (2. 8.) L. 7. C. *de reb. al. vel non al*. (4. 51.)

(11) L. 4. § 4. D. *si quis caut*. (2. 11.) L. 47. § 1. D. *de pact*. (2. 14.) L. 8. pr. D. *quemad. serv. am*. (8. 6.) L. 51. C. *de episcop*. (1. 3.) L. 4. L. 29. C. *de pact*. (2. 4.) L. 10. C. *de reb. cred*. (4. 1.) L. 1. L. 4. C. *de remiss. pign*. (8. 26.) *Tractatus praecipui de renunciatione cura* J. Schilteri *Argentor*. 1701. *Ph. W. L. Grabe* teorica della rinuncia Lassel 1843. 8.

(12) L. 14. pr. D. *quemadm. serv. am*. (8. 6.)

(13) p. es. per la restituzione nello stato primiero. V. appresso cap. 6.

(*) Unterholzner Esposiz. della prescr. vol. 2. Lipsia 1828. 8.

(1) Veramente la *praescriptio* per ordinario ha un'altra significazione (§ 71), nondimeno quest' espressione nel Dritto romano più recente è adoperata talvolta per significare la prescrizione in generale p. es. nella L. 5. C. fin. reg. (3. 39.)

ne non è a memoria d'uomo, cioè rimonta al di là del tempo della generazione presente, in quanto l'uomo non ne conosce la origine, abbia avuto un cominciamento legittimo; mediante cosiffatta presunzione legale può ne' dritti supplirsi alla mancanza di un legittimo modo di acquisto, giacchè quando ciò che può esistere come dritto, è stato esercitato per un tempo, al quale non è memoria d'uomo che possa estendersi, si deve ammettere che abbia per fondamento un legittimo acquisto (2). Se nella prescrizione propria vi è un certo spazio di tempo che non vien computato (3), questo si chiama *sospensione o riposo della prescrizione*, *praescriptio dormiens*, per contrario l'*interruzione*, *usurpatio* si verifica quando prima che la medesima sia decorsa avviene qualche fatto, pel quale tutto il tempo trascorso si tiene come perduto, di tal che può solo cominciarsi una nuova prescrizione (4).

VII. MEZZI PER GARENTIRE E CONSERVARE I DRITTI.

§ 8. Per impedire l'involontaria perdita de' dritti o per assicurare il conseguimento del loro scopo sono apprestati parecchi mezzi, dei quali almeno in molti casi può farsi uso. Tra questi si annoverano principalmente:

1. Le varie prestazioni di sicurtà, le quali comunemente si sogliono richiedere per l'adempimento delle obbligazioni, *cautiones*; queste si chiamano 1) *cautiones idoneae* s. *satisdationes*, *cauzioni reali*, quando materialmente assicurano la speranza della soddisfazione, il che si fa specialmente mediante un pegno, o una malleveria (1), la quale ultima vien principalmente indicata con la parola *satisdatio* (2), 2) al contrario si dicono *cauzioni verbali*, quando esse solo

(2) L. 28. D. *de prob.* (22. 3.) L. 11. pr. D. *de serv. praed. urb.* (8. 2.) L. 1. § 23. L. 2. pr. § 1. 5. 7. 8. L. 26. D. *de aqua* (39. 3.) L. 3. § 4. D. *de aqua quot* (43. 20.); *Unterholzner* vol. I. § 140-150. *Pfeiffer* Esercitazioni pratiche v. 2. Hann. 1828. 8. No. 1. *Schelling* Teoria del tempo immemorabile. Monaco 1835. 8. *Friedlaender*. Dottrina del tempo immemorabile. Marb. 1843. 8.

(3) V. appr. § 5. no. 6.

(4) L. 2. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 9. § 3. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 7. § 5. 6. C. *de praescript.* (30. an. (7. 39.) L. 3. C. *de Ann. exc. italici contr.* (7. 40.)

(1) § 2-4. J. *de satisd.* (4. 11.) L. 1. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.) L. 6. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 59. § 6. D. *mand.* (17. 1.) L. 1. § 9. D. *de collat.* (37. 6.) L. 4. § 8. D. *de fideic. lib.* (40. 5.) L. 3. C. *de verb. et rer. signif.* (6. 38.)

(2. L. 7. D. *de stip. praetor.* (46. 5.) L. 61. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 2. § 1. 3. D. *quod legat.* (43. 3.)

per la forma rendono più sicura l' aspettativa del creditore; tali sono A. una scrittura del debitore, la quale, perchè assicura la pruova del dritto, si riguarda eziandio come una cauzione (3), B. ed una dichiarazione espressa di voler riconoscere o adempire una determinata obbligazione, tanto se essa sia confermata con giuramento, come in alcuni casi si richiede, *cautio juratoria* (4), quanto se non vi sia intervenuto giuramento, *cautio nuda s. repromissio* (5), la qual forma di prestar sicurtà deve sempre ammettersi nel dubbio, quando si parla semplicemente di una cauzione da doversi prestare (6).

2. L' *immissione in possesso*, *missio in possessionem* in forza del permesso, che nello scopo di assicurare l'adempimento di certe obbligazioni il giudice suol concedere, di prender possesso o solo di alcune cose particolari, *missio in rem*, o anche dell' intiero patrimonio altrui, *missio in bona* (7), col quale mezzo si ottiene in generale un dritto di pegno (8), come la facoltà di aver tra le mani ed amministrare una cosa altrui (9), col che in molti casi van congiunti anche maggiori dritti (10).

3. Il sequestro, il quale consiste in questo, che il giudice toglie le cose o le persone a colui nel cui potere si trovano, perchè quivi stanno forse in pericolo, e provvisoriamente le affida ad un altro, il quale allora chiamasi *sequester*; il che principalmente avviene per

(3) L. 10. § 3. D. *de edendo* (2. 13.) L. 2. § 1; L. 47. § 1. D. *de pact.* (2. 14.) L. 40. D. *de minor.* (4. 4.) L. 24. D. *de pec. const.* (13. 5.) L. 15. § 1; L. 20. D. *de pign.* (20. 1.) L. 25. § 4. D. *de probat.* (22. 3.). Una quietanza talvolta chiamasi anche *cautio* per rispetto alla prova che per essa rimane assicurata. L. 15. D. *eod.* L. 22. § 1. D. *de adm.* tut. (26. 7.) L. 2. C. *de his qui accus. poss.* (9. 1.)

(4) § 2. J. *de satisd.* (2. 11.) L. un. pr. C. *ut omnes jud.* (1. 40.) L. 4. § 1. C. *de sport.* (3. 2.) L. 17. C. *de dignit.* (12. 1.) L. 12. pr. C. *de proc.* (12. 9.) L. 8. C. *de princ. agent. in reb.* (12. 22.) L. 3. § 3. C. *de privil. schol.* (12. 30.) Nov. 22. c. 44. § 5. Nov. 53. c. 4. Nov. 112. c. 2. Nov. 134. c. 9.

(5) L. 2. § 6. D. *de jud.* (5. 1.) L. 63. § 4. D. *pro soc.* (17. 2.) L. 9. § 4. 5. L. 13. pr. § 1. L. 22. § 1. L. 30. § 1. D. *de damn. inf.* (39. 2.) L. 2. § 1. 3. D. *quod leg.* (43. 3.) L. 61. D. *de* V. S. (50. 16.)

(6) L. 3. C. *de verb. et rer. sign.* (6. 38.)

(7) L. 1. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.) L. 1. pr. L. 3. D. *ne vis fiat ei qui in poss. mis. est.* (43. 4.) *H. Donelli Commentarii jur. civ.* XXIII. 11. 12.; *Zimmern stor.* del dritto vol. 3. § 84 e segg.

(8) I particolari intorno a ciò si esporranno nella teoria del pegno.

(9) L. 7. pr. L. 12. D. *ex quib. caus. in poss. eat.* (42. 4.) L. 3. § 23. L. 10. § 1. D. *de adquir. poss.* (41. 2.)

(10) Una più precisa esposizione di ciò non può farsi che nelle singole applicazioni.

ragione de' dritti che altri abbiano sopra di esse (11), ma rispetto alle persone sequestrate, anche per loro propria utilità (12).

4. La *protesta* cioè l'opposizione che si manifesta contro ciò che altri faccia o abbia fatto, o forse si prevede che possa fare, e questa in alcune circostanze può farsi anche simbolicamente (13), ma per essere efficace presuppone sempre che negli atti, ai quali il protestante si oppone, si debba legittimamente in qualche guisa tener conto della volontà di lui, ed in questa presupposizione la protesta spesso è utile o anche necessaria per evitare i danni (14). In alcuni particolari rapporti poi essa si presenta sotto alcune speciali denominazioni (15).

VIII. PRINCIPII GENERALI SOPRA I PRIVILEGI.*

§ 9. Le due specie di privilegi, così i dritti speciali, come i privilegi in senso stretto, del pari che i dritti generali, o sono annessi immediatamente alle persone *privilegia personae*, o come dritti mediati sono attaccati ad una cosa o ad un altro dritto *privilegia causae* (1). Amendue queste specie di privilegi possono essere non solo affermativi, ma anche negativi, nel qual' ultimo caso si chiamano *immunitates*, *vacationes*, *excusationes* (2). Per gli uni e gli altri vale inoltre la regola che nel dubbio debbano interpetrarsi sempre nel senso favorevole al privilegiato, e quindi per più forte ragione non si possano vol-

(11) L. 110. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 6. L. 17. D. *depos.* (16. 3.) L. 22. § 8. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 5. § 1. 4. D. *ut leg. s. fideic. serv. causa cav.* (36. 3.) L. 21. § 3. D. *de appell.* (49. 1.) L. un. C. *de prohib. sequestr. pecun.* (4. 4.) L. 7. C. *de ord. cogn.* (7. 19.)

(12) L. 3. § 4. D. *de lib. exhib.* (43. 30.)

(13) Ce ne fornisce un esempio il *lapilli jactus* nella L. 6. § 1. D. *si serv. vind.* (8. 5.) L. 5. § 10. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.) L. 1. § 6. L. 20. § 1. D. *quod vi aut clam* (43. 24.)

(14) L. 34. D. *de negot gest.* (3. 5.) L. 14. D. *de Publ. act.* (6. 2.) L. 20. § 1. D. *de adqu. hered.* (29. 2.) L. 14. § 4. C. *de non. num. pecun.* (4. 30.) L. 2. C. *de ann. exc. italici contr.* (7. 40.) J. G. L. *Wippermann de protestationum naturà vi et effectu.* Rintel. 1799. 4.

(15) p. es. *Operis novi nuntiatio.*

(*) J. G. F. *Wachsmut de privil. natura.* Goett. 1787, 4, *Hufeland* diss. p. 1. n. 3.

(1) L. 196. L. 68. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 1. § 49. D. *de aqua quot.* (43. 20.) L. 1. § 1. L. 2. pr. L. 4. D. *de jure immun.* (50. 6.) L. 42. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(2) L. 18. D. *de V.S.* (50.16.) L. 1. § 1. L. 3. L. 4. L. 5. § 1. 4. 5. 7. L. 6. D. *de jur. imm.* (50. 6.) L. 1. pr. § 1. L. 4. L. 6. D. *de vacat. mun.* (50. 5.) L. 18. § 29. D. *de muner.* (50. 4.) L. 17. § 1. L. 23. pr. L. 44. pr. D. *de excus.* (27. 1.) L. 9. § 8. D. *de public.* (39. 4.)

pure a suo danno (3); ma egli può rinunciare alla loro applicazione, ed anche totalmente ricusarli (4). Per contrario la trasmissione in altri, in quanto ai *privilegia causae* può aver luogo solo col sostrato al quale si appoggiano (5), e pe' *privilegia personae* non può affatto aver luogo (6), il che nondimeno, quando il privilegio consiste precisamente in questo, che si generino altri dritti in un modo speciale, non esclude la trasmissione di questi altri dritti provenuti dal privilegio (7). In generale non è permesso di concedere ad un terzo l'esercizio di un privilegio per sua utilità, imperocchè i privilegi per se stessi non giovano che al privilegiato (8), quantunque ve ne sieno taluni che possono esser di giovamento anche ad altri (9); nondimeno può un procuratore esercitarli per conto del privilegiato (10), purchè la natura stessa del privilegio non renda incompatibile siffatta rappresentazione. Per rispetto all' acquisto ed alla perdita de' medesimi sono da distinguere i dritti speciali ed i privilegi in senso stretto. 1.° Quelli, come prodotti di una speciale disposizione della legge nascono soltanto con l'emanazione della medesima, e svaniscono con la sua abolizione, intorno al che non sono da ammettere altre condizioni o limitazioni se non quelle che valgono per le leggi e consuetudini in generale. 2.° Per contrario i privilegi in senso proprio 1) possono avere origine in due modi A. per un rescritto che li concede, ed in ciò si applicano tutte le

(3) L. 3. D. *de const. princ.* (1. 4.) L. 25. D. *de leg.* (1. 3.) L. 3. § 5. D. *de Carbon. ed.* (37. 10.) L. 2. L. 6. C. *de leg.* (1. 14.) L. 19. C. *de fide instr.* (4. 21.)

(4) L. 29. C. *de pact.* (2. 3.) L. 51. § 1. C. *de episc.* (1. 3.) L. 69. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 13. § 4. D. *ad* SCt. *Trebell.* (36. 1.) L. 1. D. *de judic.* (5. 1.) L. 41. D. *de minor.* (4. 4.) L. 14. D. *de jurisd.* (2. 1.). Si trovano delle eccezioni o limitazioni ne' beneficii *ex* SCto. *Macedoniano* ed *ex* SCto. *Vellejano.* Un abbandono totale però in molti dritti particolari non è possibile, imperocchè si dovrebbe uscire dalla classe privilegiata, il che ordinariamente non succede. Nondimeno s'incontra pure un abbandono totale di tal fatta, p. es. la rinunzia al patriziato. V. la mia storia dello stato e del dritto de' Romani § 37. n. 10.

(5) V. i luoghi citati nella nota 1.

(6) Non è una vera eccezione quando i privilegi personali col consenso del privilegiato sono dal potere legislativo trasferiti ad altri, anche se quegli si faccia pagare per questo; imperocchè egli propriamente non fa che rinunciare al suo privilegio in favore di un altro, e questi ne ottiene un nuovo.

(7) L. 3. L. 7. C. *de priv. fisci* (7. 33.) L. 2. C. *de his qui in prior. cred. loc.* (8. 9.) L. 43. D. *de usur.* (22. 1.) L. 24. D. *de minor.* (4. 4.) L. 25. D. *de admin. tut.* (26. 7.) L. 20. § 1. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 24. § 3. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.)

(8) L. 3. § 4. D. *de minor.* (4. 4.) L. 9. § 8. D. *de publican.* (39. 4.)

(9) L. 9. § 3. D. *ad* SCtum. *Maced.* (14. 6.) L. 6. L. 7. L. 8. § 4. L. 16. § 1. L. 21. § 3. D. *ad* SCt. Vellej. (16. 1.)

(10) L. 25. § 1. L. 26. L. 27. pr. L. 29. pr. D. *de minor.* (4. 4.)

disposizioni limitative intorno alla validità dei rescritti (11), B. e per una prescrizione immemorabile, giacchè quando questa ha luogo è da ritenersi una legittima concessione (12). 2) I modi di estinzione poi son di più sorte: A. l'abolizione mediante una legge (13), B. la rinunzia del privilegiato (14), C. la morte del medesimo in quanto ai privilegi personali (15), e D. in un solo caso anche la prescrizione (16), ma giammai la morte del Sovrano dal quale il privilegio si è conceduto (17).

CAPITOLO SECONDO

DELLE PERSONE

I. NOZIONE

§ 10. Tutto ciò che può esser subbietto de' dritti e delle obbligazioni chiamasi persona (1), e di queste persone ci ha due specie: 1° *le persone fisiche*, cioè gli uomini liberi per opposizione agli schiavi (2), i quali come assolutamente privi di dritto (3), ed incapaci di contrarre vere obbligazioni nel senso giuridico (4) vengono assomigliati agli a-

(11) Storia del dritto romano § 137 nota 13.

(12) L. 7. D. *de div. temp. praescript.* (44. 4.) L. 45. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 4. C. *de aquaeduc.* (11. 42.) confr. con la L. 1. § 40-42. D. *de aqua quot.* (43. 20.) L. 2. D. *de flumin.* (43. 12.) L. 14. § 2. D. *de servit.* (8. 1.)

(13) L' introduzione di una nuova legislazione non abolisce per se i privilegi esistenti Const. *Haec. quae* necess. § 2. Const. *summa reip.* § 3. 4.; ma i privilegi possono come tutti i dritti essere aboliti da una legge; ciò sta nella natura del potere legislativo, quantunque possa esser giusto che si dia una indennità.

(14) Nota 4.

(15) Nota 1.

(16) L. 1. D. *de mund.* (50. 11.)

(17) Della contraria disposizione di Tiberio, la quale Tito Vespasiano per il primo pose da banda, *Sueton, in Tito* c. 8., non si trova più nulla nel dritto giustinianeo.

(1) La originaria significazione di *persona* era quella di una maschera di cui si servivano gl' istrioni presso gli antichi, e la parola quantunque non molto esattamente, vien derivata a *personando*, perchè la voce per la maschera risonava e si alterava *Gell.* V. 7.; *Phaedri Fabulae* 1. 7.; *Horat. Ars. poet.* v. 276-278.

(2) *Theoph.* II. 14. § 2. III. 17. pr. Nondimeno talvolta impropriamente si parla di *persona servorum*. L. 2. 3. D. *de statu hom.* (1. 5.) L. 22. D. *de R. J.* (50. 17.)

(3) L. 3. § 1. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 20. § 7. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 32. D. *ad leg. Corn. de fals.* (48. 10.) L. 22. pr. L. 107. L. 46. L. 209. D. *de R. J.* (50. 17.)

(4) L. 41. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 14. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 22. pr. D. *de R. J.* (50. 17.)

simili domestici (5), e son per questo annoverati fra le cose (6). 2.° *Le persone giuridiche, morali, o mistiche*, per le quali s' intende tutto ciò che non essendo un uomo individuale vien riguardato dalle leggi come un subbietto di dritti (7), ma in ciò non van compresi i sostrati, al possesso de' quali, nei dritti e nelle obbligazioni mediate, (§ 3) è annesso un dritto o un'obbligazione (8). Le prime si possono anche chiamar persone proprie, per cagione delle quali tutto il diritto esiste (9), e le seconde persone improprie o finte, giacchè la loro esistenza è poggiata sopra un'arbitraria finzione (10).

II. DELLE PERSONE FISICHE.

1) *Osservazioni preliminari.*

§ 11. Se ci atteniamo all' idea romana del *jus quod pertinet ad personas*, il trattato delle persone deve per una parte esporre le diversità giuridiche delle medesime, e per un'altra parte le loro associazioni, che hanno lo scopo di uno scambievole appoggio e compimento (1). Non pertanto queste associazioni, lo Stato, i Comuni, le Comunanze religiose etc. appartengono in generale al dritto pubblico, giacchè non si prendono in considerazione nel dritto privato se non come persone giuridiche. Per contrario l'unione di famiglia, la quale si vuol riguardare come il fondamento di tutte queste associazioni, forma una parte principale del dritto privato, che ora si suol chiamare *dritto della famiglia* (2). I rapporti giuridici che in questo son compresi si possono dividere in *rapporti di famiglia propri*, e *rapporti di famiglia* introdotti per analogia, secondo che poggiano sopra un fondamento naturale e quindi hanno la loro radice nel *jus naturale*, ovvero son pure istituzioni positive. I rapporti di famiglia propri sono:

(5) L. 2. § 2. D. *ad leg. Aquil*, (9. 2.) L. 5. § 2. D. *de usufr. quemad. cav.* (7. 9.)

(6) Ulp. XIX. 1.

(7) In questo senso parla Cic. *de off.* I. 34. della *persona civitatis* Confr. anche L. 22. D. *de fidejus.* (46. 1.)

(8) *Savigny* Sistema vol. II. § 103.

(9) § 12. J. *de jur. nat.* (1. 2.) L. 2. D. *de statu* hom. (1. 5.)

(10) V. appresso sotto il § 25.

(1) Introduzione alla mia storia del dritto romano § XVII.

(2) La denominazione di dritto *reale-personale* usata da *Kant Metaphys. elem della teoria del dritto*, pare che sia ora in tutto uscita di moda, e non è certo esatta.

1) il matrimonio, e 2) la parentela (3); gli analoghi sono principalmente: 1) la schiavitù, 2) il padronato, e 3) la tutela. Non pertanto si possono tra essi annoverare molti altri rapporti di dritto, i quali in diversi luoghi si frammettono nell' esposizione del dritto di famiglia, come il concubinato, il contubernio, la parentela di adozione; l' affinità, il *mancipium*, il colonato, e via discorrendo. Ancora è da osservare che non semplicemente i rapporti propri di famiglia han servito di modello agli analoghi, ma anche questi alla loro volta sotto parecchi rispetti han retroagito sulla giuridica formazione di quelli. Intanto il dritto della famiglia è da riserbarsi ad una parte speciale; qui è il luogo di trattare delle diversità giuridiche delle persone, tralasciando quel che già se n' è dovuto dire nella storia della costituzione romana, come la distinzione di cittadini Romani, Latini e Peregrini, di Patrizi e Plebei. Queste diversità, nel modo istesso che abbiam detto sui rapporti di famiglia, parte poggiano sopra un fondamento naturale, e parte dipendono da istituzioni positive.

2) *Diversità delle persone.*

A. Per un fondamento fisico.

a) *Per rispetto al sesso ed alla salute.*

§ 12. Alle diversità giuridiche delle persone, le quali son puramente fondate sopra cause fisiche, appartengono le diversità per ragione di sesso, di salute, o di età.

1.° Per rispetto al sesso il dritto romano distingue soltanto i maschi e le femine, giacchè tiene per impossibili i veri ermafroditi *hermafroditos* s. *androginos* (1). Le femine sono in tutto escluse dagl' impieghi e da altre pubbliche funzioni *munera publica* (2), e secondo il dritto antico doveano stare perpetuamente in un rapporto di dipendenza da qualche uomo, e quindi allorchè elleno non aveano padre o marito erano sotto tutela (3), la quale usanza non cessò che sotto

(3) L. 1. § 3. D. *de just. et jure* (1. 1.)

(1) L. 10. *de statu hom.* (1. 5.) L. 15. § 1. *de test.* (22. 5.) L. 6. § 2. D. *de li. beris* (28. 2.) Secondo Diodoro Siculo XXX. 1. i Romani anche al tempo della guerra sociale aveano un timore superstizioso degli ermafroditi e ne bruciarono vivo uno per comando del senato.

(2) L. 2. D. *de* R. J. (50. 17.) *Gell.* V. 19. L. 8. D. *de accus.* (48. 2.)

(3) *Liv.* XXXIV. 2.; *Cic.* pro Murena c. 12. *Caj.* 1. 144. 145. Ulp. XI. 1.

gl' imperadori (4). Nel rapporto del dritto privato i due sessi hanno in generale un' eguaglianza giuridica, nondimeno s' incontrano anche qui parecchie differenze, e principalmente delle restrizioni per le donne (5). Le leggi e gli atti giuridici che parlano in genere mascolino, nel dubbio s' intendono anche per le donne (6), sebbene non valga il principio inverso (7).

2.° Siccome anche le malattie *morbus*, e le infermità permanenti *vitium* (8) in molti rapporti esercitano un' influenza sul dritto, così si prende anche in considerazione la differenza fra sani ed infermi. Le malattie e le infermità o danno una scusa per le omissioni, quando il morbo ha realmente impedito di agire, nel qual caso addimandasi *morbus sonticus* (9), o producono delle restrizioni o incapacità giuridiche. Per lo più sono incapaci: 1) i non atti alla generazione, di qualunque sesso (10), *thlibiae*, *thlasiae*, *spadones* (11), e specialmente i castrati (12), 2) i sordi-muti *surdi et muti* (13), e 3) i pazzi di qualsivoglia specie *furiosi*, *dementes*, *mente capti* (14), i quali si reputano in tutto privi di volontà (15).

(4) Caj. I. 157. I particolari intorno a ciò spettano alla teorica della tutela.

(5) L. 9. D. *de statu hom.* (1. 5.) L. 4. C. *de lib. praeter.* (6. 28.)

(6) L. 1. 84. 101. § 3. 116. 122. 163. § 1. 172. 195. pr. 201. D. *de* V. S. (50. 16.) L. 62. D. *de legat.* III. (32.)

(7) L. 45. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 81. pr. D. *de legat.* III. (32.)

(8) L. 101. § 2. D. *de* V. S. (50. 16.) L. 1. § 7. D. *de aedilit. ed.* (21. 1.) *Gell.* XX. 1. *Bynkershoek Observ.* III. 1.

(9) L. 46. D. *de judic.* (5. 1.) L. 2. § 3. D. *si quis caut. jud. sisti.* (2. 11.) L. 4. § 5. L. 65. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 60. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 113. D. *de* V. S. (50. 16.) Festo p. *Sonticus*, *Gell.* l. c.

(10) L. 14. § 3. 7. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(11) L. 128. D. *de* V. S. (50. 16.) L. 39. § 1. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 6. § 2. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) *Teofilo* I. 11. § 9. A. *Augustinus Emend. et opin.* III. c. 5.

(12) § 9. J. *de adopt.* (1. 11.) L. 39. § 1. D. *de jure dot.* (23. 3.)

(13) § 3. J. *quib. non permitt. fac. test.* (2. 12.) L. 4. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 1. § 15. D. *de* O. et. A. (44. 7.) L. 10. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.) R. I. *Guiot de jure surdo-mutor.* Groen. 1824. 8.

(14) § 3. 4. J. *de cur.* (1. 23.) L. 2. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 6. D. *de cur. fur.* (27. 10.) L. 5. L. 40. D. *de* R. J. (50. 17.) L. 2. 3. C. *de cur. fur.* (5. 70.) Ulp. XII. 2.

(15) V. sotto il § 29.

b) *Per rispetto all'età* (*)

§ 13. Varii effetti sono annessi alle differenti gradazioni dell'età:

1.° La principal distinzione per ragione dell'età è quella di puberi ed impuberi, e questi se stanno sotto tutela chiamansi pupilli e si dividono di nuovo in *infantes* s. *qui fari non possunt*, come sono i fanciulli al di sotto de'7 anni ed in *infantia majores* (1). Durante l'impubertà, *prima* s. *imperfecta* s. *pupillaris aetas* l'uomo è escluso da ogni pubblica funzione (2), ed è anche in generale privo di volontà (3), quantunque si diano delle eccezioni; per contrario i puberi hanno una personalità compiuta. La nozione propria della pubertà è la maturità fisica per la generazione (4), ma, secondo un'antica regola d'incerta origine, questa si ritiene ad una determinata età, per gli uomini ai 14 anni compiuti, per le donne ai 12 di computazione civile (5). Per verità vi fu intorno a ciò una contesa fra i giureconsulti romani, giacchè i Sabiniani si tenevano fermi all'antica regola, ed i Proculiani al contrario attenendosi alla nozione della pubertà guardavano solo lo sviluppo del corpo, ed altri ancora riunendo le due opinioni ritenevano che la pubertà cominciasse con l'effettiva maturità corporale, ma non volevano ammettere che potesse aver luogo prima de' predetti anni (6). Giustiniano intanto ha deciso in favore dell'antica regola (7). Solo in una particolare applicazione l'uomo si reputa pubere a 18 anni e la donna a 14 (8), il che dicesi *plena pubertas*. E però da questa idea di una piena pubertà può forse dipendere che in parecchi

(*) *Savigny* Sistema vol. III. § 106. e segg.

(1) § 10. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 1. § 2. D. *de admin. tut.* (26. 7.) L. 65. § 3. D. *ad Sctm. Treb.* (36. 1.) L. 70. D. *de* V. O. (45. 1.) L. 18. C. *de jure delib.* (6. 30.) *Isidori Orig.* XI. 2. *Unterholzner* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. 1. no. 3. confr. con gli annali Heidelb. 1815. p. 664 e segg.

(2) *Gell.* V. 19. Ulp. VIII. 5. L. 8. D. *de accus.* (48. 2) L. 2. § 1. D. *de* R. J. (50. 17.)

(3) Ved. appresso § 29.

(4) *Isidori* orig. XI. 2. *Festo* p. *pubes*, *Quintil.* Inst. Or. IV. 2. § 5. A. W. *Cramer de pub. termino ex discipl.* Rom. Kel. 1804. 4. Lipsia 1837. 8., *Savigny* § 109. e segg.

(5) L. 5. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.), *Macrob. in Somn. Scip.* 1. 6., *Saturn.* VII. 7. mostra che la regola era fondata sulla legge.

(6) *Caj.* I. § 196. Ulp. XI. 28., pr. J. *quib. mod. tut. fin.* (1. 22.), *Dirksen* notizie per la conoscenza del dritto rom. p. 286. e segg.

(7) L. ult. C. *quando tut. vel. cur. esse desin.* (5. 60.)

(8) L. 14. § 1. D. *de alim. leg.* (31. 1.) *Cramer* l. c. p. 47. seg.

rapporti tuttora si tien conto dell' età di 18 anni compiuti (9). Forse in questa età, negli antichi tempi, si deponeva anche la *toga praetexiata* che i puberi indossavano ne' primi anni; ma più tardi l' età de' *praetextati* che non prestavano ancora servizio militare durò soltanto fino ai 17 anni (10).

2.° Un' altra distinzione introdotta dalla *lex Plaetoria* a. di R. 400 (11) è quella de' puberi in maggiori *majores*, e minori *adolescentes*, *adulti*, intorno alla qual distinzione senza differenza di sesso si riteneva per ultimo termine l' anno 25 compiuto (12). La minore età è un' età privilegiata, giacchè ai minori son concedute molte prerogative nel fine di far loro evitare un danno (13), e la estensione di tali prerogative fatta nel dritto romano nuovo agl' impuberi (14) ha dato occasione che in un senso più ampio anche costoro vengano compresi tra i minori. Intanto i minori sono anche sottoposti ad alcune restrizioni o vogliam dire incapacità (15), ed a questo ha relazione la *dichiarazione di maggiorità*, *venia aetatis*, la quale si può ottenere per privilegio, quando l'uomo è giunto ai 20 anni, e la donna ai 18 (16), ma ottenendola si perdono le prerogative della minorità (17).

(9) *Paul. sent. recep*, III. 4.; § 2. § 4. J. *de adopt.* (1. 11.) L. 30. § 1. D. *eod* (1. 7.) L. 57. D. *de re jud.* (42. 1.) Nov. 115. c. 3. § 13.

(10) *Macrob. Saturn.* I. 6., *Gell.* XVIII. 4., *Vossius* Inst. orat. IV. c. 8. sect. 8. confr. *Paul.* S. R. V. 4. § 14.; § 1. J. *de injur.* (4. 4.) L. 3. § 6. D. *de lib. exhib.* (43. 30.)

(11) V. la mia storia del dritto rom. § 53.

(12) L. 1. § 1. 3. L. 3. § 3. D. *de minor.* (4. 4.) L. 2. C. *Theod. de donat.* (8. 12.), *Capitol.* in Marco Anton. c. 10. I. 25. anni della gioventù probabilmente stanno in relazione con l' idea che aveano i Romani che la più lunga durata della vita umana fosse di 100. anni § 22. no. 15. Essi sono il primo quarto della vita. Sotto il rapporto che l' opposizione tra minori e maggiori ha origine da una *Lex*, la maggiorità viene anche spesso denominata *legitima aetas*. L. 27. pr. D. *de negot. gest.* (3. 5.) L. 32. § 2. D. *de testam. tut.* (26. 2.) L. 20. § 1. D. *de lib. leg.* (34. 3.) L. 1. C. *si tutor.* (2. 25.) L. 4. C. *De his qui ven. aet.* (2. 45.) *Brissonii* Antiq. III. 2.

(13) *Savigny* Della protezione dei minori nel dritto Romano ed in ispezialità della *lex. Plaetoria*. Berl. 1833. 4.

(14) Pare che l' etensione fosse introdotta solo dalla pratica, imperocchè non si trova niun testo di legge.

(15) § 2. J. *de curat.* (1. 23.) L. 11. D. *de decur.* (50. 2.) L. 3. C. *de in integr. rest.* (2. 22.) L. 2. C. *qui legit. pers.* (3. 6.) L. 5. C. *de legit. tut.* (5. 30.) L. 5. C. *de auct. praest.* (5. 59.) L. 8. § 1. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(16) L. 2. C. *de his qui ven. aet.* (2. 45.)

(17(L. 1. C. *eod.* L. 5. C. *de temp. in integr. rest.* (2. 53.)

3.° Tra le posteriori gradazioni di età, delle quali s' incontrano parecchie in alcuni speciali rapporti (18), la più importante è quella della vecchiezza *senectus*, la quale dispensa dai pubblici servigi e dalle funzioni, e ne' tempi più antichi appo i romani cominciava già a 60 anni (19), ma secondo il dritto nuovo, ad eccezione di pochi casi (20), non comincia che a 70 anni (21).

B. Per un fondamento positivo.

a) Per rispetto alla nascita.

§ 14. Le divisioni delle persone fondate sopra istituzioni positive non son meno importanti di quelle che derivano da fisiche cagioni. Così per rispetto alla nascita le persone si distinguono:

1.° In *Liberi*, *ingenui* (1) detti anticamente *Patricii* (2), i quali non perdono questa qualità quantunque per qualche tempo sieno caduti in servitù (3), e in *Fatti liberi*, *Liberti* s. *Libertini*, i quali nati schiavi hanno dipoi acquistata la libertà (4); per costoro si mantennero sempre in parte (5) i primitivi caratteri dello stato plebeo, che erano derivati appunto da' libertini (6), cioè il rapporto di clien-

(18) p. es. l' antica distinzione di *Seniores* e *Juniores* V. La mia stor. del dr. § 6. 7. 9. 38., e la diversa età richiesta pei pubblici ufici secondo le *leges annales*. V. 1. § 27. nota 18.

(19) *Festus* p. *Depontani*, *Sexagenarios*; *Non. Marcellus* c. XII. no. 22.; *Seneca de brev. vitae* c. 4. 10.; *Ovid. Fast.* V. 623.

(20) Per rapporto al servizio militare l' uomo a 50 anni era già tenuto per vecchio, *Seneca de brev. vitae* c. 20. Per rapporto al decurionato a 55 anni L. 2. § 8. L. 11. D. *de decur.* (50. 2.) L. 3. C. *qui aetate* (10. 49.)

(21) § 13. J. *de excus.* (1. 25.) L. 2. pr. D. *eod.* (27. 1.) L. 1. § 3. L. 2. § 1. 7. L. 8. pr. L. 11. D. *de vacat. mun.* (50. 5.) L. 3. L. 5. pr. D. *de jur. immun.* (50. 6.) L. 10. C. *de decur.* (10. 31.). *Thibaut* nell' archivio per la pratica civile vol. VIII. no. 2.

(1) pr. J. *de ingen.* (1. 4.) *Caj.* I. 11.

(2) La mia stor. § 2. no. 8.

(3) § 1. J. *de ing.* (1. 4.) L. 21. § 1. D. *de captiv.* (49. 15.)

(4) pr. J. *de libert.* (1. 5.) L. 6. D. *de statu hom.* (1. 5.). Anticamente s' intendevano per *libertini* i figliuoli di liberti i quali appartenevano ai nati liberi; *Sueton. in Claud.* c. 24. ma più tardi si adoperò *libertinus* e *libertus* come sinonimi.

(5) *Dion. Hal.* II. 22. IV. 22. 23. Che i libertini per lunga stagione non poterono sposare le ingenue *Liv.* XXXIX. 19, ciò pure potè dipendere dall' antica mancanza del *connubium* tra i patrizi ed i plebei.

(6) V. la mia storia § 2.

tela (7), e l'esclusione dalle dignità (8), dal Senato (9), e dal servizio militare (10), alle quali cose col volgere del tempo si vennero ad aggiugnere parecchie altre restrizioni (11). Non pertanto i libertini potevano mediante un privilegio ottenere i dritti dell'ingenuità non solo restando salvo il patronato sopra di loro, *jus aureorum annulorum* (12), ma ancora con la estinzione del medesimo, *natalium restitutio* (13), e Giustiniano concedè loro una volta per sempre il *jus aureorum annulorum*, abolì quindi quasi interamente le conseguenze della distinzione.

2.° In *nati da matrimonio* (*legitimi*), e *nati fuori matrimonio* (*illegitimi*, *s. spurii*, *s. vulgo quaesiti*) (15). Si hanno per legittimi tutti i figliuoli di una moglie (16) nell'ipotesi che il matrimonio sia valido (17), che i figliuoli nascendo vitali non sieno nati prima del settimo mese dalla celebrazione del matrimonio (18), nè più tardi del decimo mese dopo il suo scioglimento (19), e che non sia provata l'impossibilità della paternità del marito (20); dal che nello stesso tempo apparisce chi sono gl'illegittimi, i quali giuridicamente son senza padre (21), ma

(7) V. app. la teorica del padronato sopra i libertini.

(8) L. un. C. *ad L. Visel.* (9. 21.)

(9) Anzi i figliuoli de' libertini furono la prima volta ammessi nel senato dal censore App. *Claudius Coecus Sueton.* l. c. *Liv.* IX. 46. *Diod. Sic.* XX. 37. Ma sotto gl' imperadori vi furono talvolta ammessi anche i libertini; *Schol. ad Juvenal.* Sat. I. v. 37.

(10) *Liv.* X. 21. XXII. 11. Solo in casi di necessità non vi si ponea mente, la prima volta ciò accadde nella guerra sociale 164; *Appian. de* B. C. 1. 49.

(11) A ciò si riferivano anche le limitazioni degli effetti delle manomissioni per la *lex Aelia Sentia* V. la mia st. § 80.

(12) L. 5. 6. D. *de jur. aur. ann.* (40. 10.) L. un. C. *ad leg. Visell.* (9. 21.) Il nome ebbe origine da ciò che i manomessi non potevano portare anello d'oro, come neppure toga *praetextata*. *Plin.* H. N. XXXIII. 1. *Macrob. Saturn.* I. 6.

(13) L. 2. 5. D. *de natal. rest.* (40. 11.)

(14) Nov. 78. c. 1. 2. 5.

(15) § 12. J. *de nupt.* (1. 10.) L. 23. D. *de statu. hom.* (1. 5.); Ulp. IV. 2.

(16) L. 5. D. *de in jus voc.* (2. 4.) « *Pater est quem nuptiae demonstrant.* »

(17) L. 24. D. *de stat. hom.* (1. 5.) L. 57. § 1. D. *de ritu nupt.* (23. 2.)

(18) L. 12. D. *de statu hom.* (1. 5.) L. 3. § 12. D. *de suis* (38. 16.) *Paul.* S. R. IV. 9. § 5. *Gell.* III. 16. *Plin.* H. N. VII. 5.

(19) L. 29. pr. D. *de liber.* (28. 2.) L. 3. § 11. D. *de suis* (38. 16.) L. 4. C. *de posthum.* (6. 29.), *Gell.* l. c., confr. *Plin.* l. c.

(20) L. 6. D. *de his qui sui* (1. 6.) L. 29. § 1. D. *de probat.* (22. 3.) L. 11. § 9. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.)

(21) § 12. J. *de nupt.* (1. 10.) § 4. J. *de succ. cogn.* (3. 5.) confr. con la L. 14. § 2. D. *de ritu nupt.* (23. 2.)

non sono degradati per rispetto ai dritti di cittadino (22). In più casi i figliuoli illegittimi possono esser legittimati (23). Le denominazioni speciali sono: *adulterini* per quelli nati da adulterio, *incestuosi* per quelli nati da congiungimento incestuoso, i quali si dicono anche *coitu damnato progeniti* (24), e *liberi naturales* per quelli nati da concubinato (25).

b) Per rispetto alla potestà sopra di altri.

(Homines sui et alieni juris).

§ 15. In quattro diverse applicazioni si presenta un potere legittimo delle persone private sopra altrui, il quale consiste principalmente in un dritto esteso di costringimento e di punizione (1), e nel dritto sull'acquisto delle persone soggette (2): 1.° il potere del padrone sopra i suoi schiavi, *potestas dominica* (3), 2.° il potere paterno sopra i figliuoli, *patria potestas* (4), 3.° il potere che secondo il dritto romano antico il marito potea avere sopra la moglie, *manus mariti* (5), e 4.° il potere del padrone di figliuoli alienati o di una moglie alienata, *mancipium* (6). Or chi non è soggetto ad alcuna di queste private potestà dicesi indipendente, *homo sui juris* (7), dal che segue che vi erano quattro specie di *homines alieni juris* presso i Romani: gli schiavi *servi* (8), i figliuoli sotto la patria potestà *filii et filiae familias* (9), le

(22) Un'insignificante eccezione si contiene nella L. 3. § 2. L. 6. D. *de decur.* (50. 2.)

(23) V. appr. sotto il § 96.

(24) Nov. 89. c. 15. Nov. 12. *proem.* c. 1.

(25) Tit. C. *de natur. lib.* (5. 27.) Nov. 89. c. 1. 15. L. 7. C. Th. *de natur. filiis* (4. 6.) Nondimeno talvolta si chiamano *liberi naturales* anche i figliuoli naturali per opposizione agli adottivi § 2. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.), ovvero i figliuoli generati nel *contubernium* § 5. J. *qui et quib. ex caus. manum. non poss.* (1. 6.)

(1) *Caj.* I. 52-53. L. 215. D. *de* V. S. (50. 16.) L. 3. L. 10. C. *de patr. pot.* 8. 47.) *Dion. Hal.* II. 25. 26.

(2) V. il § 53.

(3) *Caj.* I. 52-54. § 1. 2. J. *de his qui sui* (1. 8.) L. 1. 2. D. *eod.* (1. 6.) L. 215. D. *de* V. S. (50. 16.)

(4) *Caj.* I. § 55. segg. Ulp. V. I. pr. § 2. 3. J. *de patr. pot.* (1. 9.) L. 3. 4. D. *de his qui sui* (1. 6.) L. 215. D. *de* V. S. (50. 16.)

(5) *Caj.* I. § 108-115. Ulp. IX. I.

(6) *Caj.* I. § 116-123.

(7) *Caj.* I. § 48-51. pr. J. *de his qui sui* (1. 8.) L. 1. pr. D. *eod.* (1. 6.)

(8) L. 1. § 1. D. *eod.*

(9) L. 4. D. *eod.* L. 195. § 2. D. de V. S. (50. 16.)

mogli sotto la *manus*, *matres familias* (10), ed i figliuoli e le mogli alienate, *homines in mancipio* (11), dei quali però le mogli sotto la *manus* ben presto svanirono, ed al presente non rimangono che solo i figliuoli sotto la potestà del padre. Nella latinità de' tempi posteriori gli *homines sui juris* son chiamati anche *patres* e *matres familias* (12), mentre da prima l' espressione *mater familias* si adattava solo alle *uxores in manu* (13), e verisimilmente quella di *pater familias* indicava solo l'uomo fornito della patria potestà (14).

c) Per rispetto all'onore (*).

a) Principi generali.

§ 16. Importanti differenze delle persone han luogo per rispetto all'onore civile. *L'onore*, *dignitas*, *existimatio* chiamasi il dritto che ha l' uomo ad essere stimato e trattato onorevolmente. Questo dritto in sè stesso dipende dal merito e dalla dignità morale; non pertanto da ciò che la legge concede a ciascuno il dritto in varie guise garentito (1) di poter pretendere da tutti, che almeno negli atti esteriori lo trattino onorevolmente in fino a che non ne sia stato specialmente dichiarato indegno, ne proviene il concetto dell'onore civile, *dignitas* s. *existimatio civilis* (2), di cui lo schiavo presso i Romani è al tutto privo, come quegli che non è partecipe del dritto (3). L' onore civile può accrescersi per effetto di impieghi o di titoli, i quali per questo appunto si chiamano anche *onori*, *dignità*, *honores* s. *dignitates* (4). Ma esso può del pari non solo giuridicamente diminuirsi, ma anche perdersi in tutto (5). La perdita intera, *consumtio existimationis* avviene soltanto quando si

(10) *Cic.* Top. c. 4. *Festus* p. *materfamilias*, *Quintil.* Inst. orator. V. 10; *Gell.* XVIII. 6. L. 195. § 2. D. *cit. Isid. orig.* VIII. 5.

(11) *Caj.* I. 117. 118.

(12) L. 4. D. *de his qui sui* (1. 6.) L. 195. § 2. D. cit.

(13) V. i luoghi cit. nella nota 10.

(14) L. 195. § 2. D. *cit. Ulp.* IV. I.

(*) *Th. Marezoll* sull' onore civile, la sua perdita totale, e le diminuzioni parziali Giessen. 1824. 8.

(1) È da annoverarsi particolarmente tra i mezzi di protezione l' *actio injuriarum*.

(2) *Cic. de inv.* II. 55. L. 5. § 1. D. *de extraord. cogn.* (50. 13.) L. 6. L. 7. C. *de sent. passis* (9. 51.)

(3) § 3. J. *de injur.* (4. 4.) L. 15. § 34. seg. D. *eod.* (47. 10.)

(4) Tit. C. *de dignit.* (12. 1.)

(5) L. 5. § 1. D. *de extraord. cogn.* (50. 13.)

perde la libertà, ovvero la cittadinanza per la deportazione (6). La diminuzione *minutio existimationis* per contrario consiste nella degradazione di alcuno per la privazione de' dritti civili, e si presenta in molto varie applicazioni e gradi (7). Secondo l' antico dritto Romano qui si riduceva anche la *nota censoria* (8), la quale andò via coi Censori. Altri casi sono i seguenti: 1.° quando alcuno per un giudizio penale ha perduto la capacità agl' impieghi ed alle dignità (9); 2.° quando alcuno per cagione di una cattiva amministrazione è stato dichiarato prodigo dall'autorità, *prodigus*, per la qual dichiarazione in tutti gli affari del patrimonio viene agguagliato ad un pazzo (10); 3.° la *intestabilità*, nella quale s' incorre per quegli atti ai quali la legge ha annesso la conseguenza che una persona si debba tenere come *improbus*, *intestabilisque* (11), vale a dire debba divenire incapace di fare o richieder testimonianza da altri (12), di fare un testamento o di esser considerato in esso (13); 4.° ed in fine l' infamia (14).

β) *L' Infamia* (*).

§ 17. Fra tutte le diminuzioni dell' onore civile la più grave è l' infamia. Essa conviene con la intestabilità in ciò che anch' essa è per legge attaccata come conseguenza a certi atti, ma ha effetti molto più estesi (1). I principali effetti sono: 1.° che l' infame diviene incapace

(6) L. 5. § 3. D. *eod.*

(7) L. 5. § 2. D. *eod.*

(8) V. la mia st. § 29.

(9) L. 2. D. *de senator.* (1. 9.) L. 7. § 20-22. D. *de interd. et releg.* (48. 22.)

(10) § 3. J. *de curat.* (4. 23.) L. 12. § 2. D. *de tut, et cur. dat.* (26. 5.) L. 1. L. 16. pr. L. 15. L. 16. D. *de cur. fur.* (27. 10.) *Paul.* S. R. III. 4. § 7. *F. E. Gesterding. Frutto delle ricerche sopra varie materie di dritto* vol. 1. n· 2.

(11) *Gell.* XV. 13. L. 21. pr. D. *de test.* (22. 5.) L. 5. § 9. D. *de injur.* (47. 10.) Probabilmente la *lex Valeria de provocatione* minacciava l'intestabilità, il che solo Livio X. 9. non ha compreso quando dice: « Valeria lex quum eum, qui provocasset, virgis caedi securique necari vetuisset, si quis adversus ea fecisset, nihil ultra quam improbe factum adjecit. Id (qui tum pudor hominum erat) visum, credo, vinculum satis validum legis; nunc vix serio ita minetur quisquam ».

(12) L. 26. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.)

(13) L. 18. D. *eod. Theoph.* II. 10. § 6. *Schol. ad Horat. Serm.* II. 3. v. 181. « Intestabilis cui non licet testamentum condere, vel testamento quid ab alio accipere ».

(14) V. il § seguente.

(*) *H. Donelli* Comment. jur. civ. XVIII. 6-8. La mia dissert. *de infamia ex discipl. Rom.* Kil. 1819. 4. *Savigny* Sistema vol. 2. § 76-83. ed Aggiunte VII.

(1) V. la mia dissert. cit. § 6. *Marezoll.* op. c. p. 205 e segg.

di esercitare impieghi (2), di servire nelle milizie (3), di essere giudice (4), di far da procuratore per un altro in giudizio, *postulare* (5), di esser deputato di un Comune, *legatus civitatis* (6), di portare in qualità di tutore egli solo l'amministrazione, quando vi sieno de' contutori (7), e di fare una valida testimonianza in giudizio (8); 2.° Inoltre vien limitata nell' infame la capacità di esser considerato in un testamento (9); 3.° egli non può neppur dimorare ove risiede l' Imperadore (10); 4.° se commette un delitto dee sempre esser punito più severamente degli altri (11). Non ostante queste estese conseguenze i casi, in cui s'incorre nell' infamia, son molto numerosi (12); essa infatti ha luogo per tutti i delitti (13), ed in parte anche per azioni che non contengono necessariamente una malvagità (14). Non pertanto per regola essa presuppone che alcuno sia stato in prima da una sentenza dichiarato colpevole del fatto infamante, ovvero, il che vale lo stesso, abbia, mediante un segreto aggiustamento col querelante, evitato la condanna, *pacisci de maleficio; notatur quis si damnatus, pactusve sit* (infamia mediata) (15); ma per eccezione talvolta non è necessario che sia preceduta una condanna, *notatur quis si fecerit* (infamia

(2) L. 2. L. 12. C. *de dignit.* (12. 1.) L. un. C. *de infam.* (10. 57.) L. 1. pr. D. *ad leg. Jul. de vi priv.* (48. 7.) L. 40. D. *de injur.* (47. 10.)

(3) L. 1. L. 2. § 1-4. D. *de his qui not. inf.* (3. 2.) L. 4. § 6. 7. D. *de re mil.* (49. 16.)

(4) L. 12. § 2, D. *de jud.* (5. 1.) L. 1. pr. D. *ad leg. Jul. de vi priv.* (48. 7.) L. 6, § 1. D. *de leg. Jul. rep.* (48. 11.) *Paul.* S. R. 1. 2. § 1.

(5) § 10. J. *de exc.* (4. 13.) L. 1. § 8. 11. D. *de postul.* (3. 1.) L. 6. § 1. D. *de leg. Jul. rep.* (48. 11.) *Marezoll.* op. c. p. 215. e segg. Applicazioni di ciò sono che l' infame non può intentare un' azione popolare (§ 60.) L. 7. D. *de popul.* act. (47. 23.) e non può accusare alcuno L. 4. 8. 11. D. *de accus.* (48. 2.) L. 7. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.) L. 15. C. *de his qui accus. non poss.* (9. 1.)

(6) L. 4. § 1. D. *de legation.* (50. 7.)

(7) L. 1. § 6. D. *de postul.* (3. 1.) L. 17. § 1. D. *de testam. tut.* (26. 2.) L. un. C. *de infam.* (10. 57.)

(8) L. 18. C. *de testib.* (4. 20.) Nov. 90. c. 1.

(9) L. 27. C. *de inoff. test.* (3. 28.) L. 1. 3. C. *Th. eod.* (2. 19.)

(10) L. 2. § 4. D. *de his qui not. inf.* (3. 2.) L. 3. C. *de re mil.* (12. 36.)

(11) L. 28. § 16. D. *de poen.* (48. 19.) L. 35. D. *de injur.* (47. 10.)

(12) *Donellus* l. c. cap. 8; *Marezoll.* op. c. p. 106 e segg.

(13) L. 1. D. *de his qui not.* (3. 2.) L. 7. D. *de publ. jud.* (48. 1.) Collat. IV. 3. 12.

(14) L. 42. D. *de* V. S. (50. 16)

(15) L. 1. L. 4. § 4. 5. L. 5. L. 6. D. *de his qui not.* (3. 2.) L. 14. L. 29. D. *de jur. fisci* (49. 15.) Marezoll. p. 123. segg.

immediata) (16). Poco importa se in quei casi la condanna prom o no l' infamia (17); anzi non giova che il giudice abbia riservato l nore (18). Sol quando per isbaglio si è decretata una pena troppo g ve, dee per una specie di riparazione torsi via l' infamia (19). Al mente essa dura tutta la vita (20), quando non vi sia intervenuta i grazia (21), ovvero non sia annullata la condanna dalla quale essa pende (22). La maggior parte degli effetti dell' infamia veramente i colpiscono le donne, ma perchè ciò non si può dire di tutti i suoi eff ti (23), così è da ritenere che l' infamia abbia luogo anche per le do ne (24).

γ) Cattivo nome (*).

§ 18. Oltre le giuridiche diminuzioni dell'onore in molti casi e ra porti si prende in considerazione il cattivo nome, *ignominia* s. *inf mia facti* (1), il quale può esser di doppia natura: o quel cattivo n me individuale, *turpitudo*, che alcuno si procura mediante le sue in moralità, ovvero quella vile riputazione *levis nota*, alla quale nella c

(16) L. 1. D. *de his qui not.* (3. 2.) L. 43. § 12. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) L. 3 C. *de loc. cond.* (4. 65.) L. 1. C. *de secund. nupt.* (5. 9.) *Marezoll.* p. 172. segg.

(17) L. 4. § 1. 2. D. *de suspect. tut.* (26. 10.) L. 1. § 4. D. *ad Sct. Turpi* (48. 16.)

(18) L. 63. D. *de furt.* (47. 2.) L. 40. D. *de injur.* (47. 10.)

(19) L. 13. § 7. D. *de his qui not.* (3. 2.) L. 10. § 2. D. *de poen.* (48. 19.) L. 1 pr. D. *ad munic.* (50. 1.)

(20) L. 6. C. *ex quib. caus. inf. irrog.* (2. 12.) L. 4. § 4. D. *de re mil.* (49. 16 L. 43. § 4. D. *ritu nupt.* (23. 2.) Un' eccezione introduce Giustiniano nella L. 33. C *de episc. audient.* (1. 4.), alla quale probabilmente diè occasione il suo proprio matri monio.

(21) L. 1. § 9. 10. D. *de postul.* (3. 1.) L. 4. C. *ad Sct. Tertull.* (6. 55.) L. 6 L. 13. C. *de sent. pass.* (9. 51.) arg. a contrario L. 33. C. *de decurion.* (10. 31.). L remissione di altre pene non è neppure sufficiente per se stessa L. 3. C. *de general. abo* (9. 43.) L. 7. C. *de sent. pass.* (9. 51.)

(22) L. 22. D. *de his qui not.* (3. 2.) L. 14. C. *ex quib. caus. infam. irrog.* (2. 12.

(23) p. es. dell' esclusione dal far testimonianza, e della restrizione della capacità d succedere per testamento.

(24) L. 1. C. *de sec. nupt.* (5. 9.) L. 4. C. *ad Sct. Tertull.* (6. 56.) L. 33. C. *d episc. aud.* (1. 4.) Nov. 22. c. 22. Di altra opinione è *Savigny* op. c. Aggiunta VII.

(*) *J. G. Heineccii Diss. de levis notae macula* (Syllog. var. *opusc.* Halae 1735. 4. No. 7.) *Marezoll.* op. c. p. 270-289.

(1) L. 39. D. *de furt.* (47. 2.) L. 2. pr. D. *de obseq.* (37. 15.) L. 13. C. *ex quib. caus. inf. irrog.* (2. 12.) L. 25. C. *ad leg. Jul. de adult.* (9. 9.)

mune opinione van soggette alcune classi di persone a cagione della loro origine o del loro mestiere, indipendentemente dal merito di ciascuno. Le persone di cattivo nome della prima specie sono chiamate in preferenza *personae turpes*, s. *famosae*, s. *notatae* (2), quelle della seconda specie, *personae viles* s. *laeviter notatae* (3). In un par di casi poi le predette persone di cattiva fama dell'una e dell'altra specie sono agguagliate agl' infami, cioè son trattate egualmente (4), dal che però non se ne può dedurre alcuna eguaglianza generale (5), la quale sarebbe impossibile; inoltre ci ha molti casi, in cui o le autorità hanno il dovere di prendere in considerazione la fama delle persone (6), ovvero il cattivo nome produce delle incapacità e degli avantaggi ne' rapporti giuridici con gli altri (7).

d) Per rispetto alla religione.

a) Introduzione storica.

§ 19. Durante il paganesimo de' Romani la Religione propriamente non produceva veruna differenza nello stato civile della persona. Nel tempo più antico in Roma non altrimenti che in parecchi altri Stati dell'antichità (1) valeva il principio rigoroso che ogni cittadino romano dovea professare la religione dello Stato ed astenersi dai culti stranieri non riconosciuti (2), e che per contrario gli stranieri non doveano parte-

(2) L. 2. D. *de senator.* (1. 9.) L. 3. pr. D. *de test.* (22. 5.) L. 12. § 1. D. *de sponsal.* (23. 1.) L. 22. § 6. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 17. § 1. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 3. § 4. *de lib. exhib.* (43. 30.) L. 19. L. 27. C. *de inoff. test.* (3. 28.) L. 2. C. *de dignit.* (12. 1.)

(3) L. 11. § 1. D. *de dolo* (4. 3.) L. 17. § 13. D. *de injur.* (47. 10.) L. 12. D. *de decur.* (50. 2.) L. 27. C. *de inoff. test.* (3. 28.) L. 2. L. 6. C. *de dignit.* (12. 1.) L. 7. C. *de incest. nupt.* (5. 5.) L. 29. C. *ad leg. Jul. de adult.* (9. 9.) Nov. *Martiani* IV. (*de matrimonio senatorum*).

(4) L. 27. C. *de inoff. test.* (3. 28.) L. 2. C. *de dignit.* (12. 1.)

(5) V. i luoghi cit. nella not. 1.

(6) L. 2. D. *de senator.* (1. 9.) L. 3. pr. L. 121. § 3. D. *de test.* (22. 5.) No. 90. c. 1. L. 17. § 1. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 5. § 1. D. *de legit. tut.* (26. 4.) L. 3. § 4. D. *de lib. exhib.* (43. 30.)

(7) L. 11. § 1. D. *de dolo* (4. 3.) L. 7. D. *de usu* (7. 8.) L. 22. § 6. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 63. § 10. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 17. § 13. D. *de injur.* (47. 10.) L. 3. D. *de accus.* (48. 2.)

(1) p. e. in Atene, Plutarch. *de placit. phil.* I. 7.; *Isocratis* Orat. Areop. p. 218.; *Athenaeus* XV. 51.; *Aelian.* III. 36.

(2) *Cic.* de leg. II. 9. « Separatim nemo habessit deos; neve novos sive advenas, ni-

cipare al culto romano (3); pure la credenza religiosa romana no affatto riguardata come esclusiva e la sola vera; e però non solo perfettamente tollerante delle credenze diverse, *superstitio* (4) d altri popoli anche dopo che erano assoggettati (5), quando in ciò si scorgeva alcun danno o pericolo (6), ma non si faceva nep scrupolo di arricchire la religione dello Stato con Divinità e culti s nieri (7), o di mandare in qualsivoglia luogo a consultare gli ora e gli Auguri (8). La prima derogazione a quel principio fu que che ai cittadini de' Municipi fu conceduto di conservare almen parte il loro culto privato (9); ma quando l'antica religione in cesso di tempo ebbe perduto il suo credito (10), quando l'istruz della medesima fu trascurata (11), e non furono più accuratam osservate le sue prescrizioni sopra i sacrifici (12), la professione d

si publice adscitos privatim colunto ». *Dion. Hal.* II. 19.; *Liv.* XXV. 1.; *Plu* Marcello c. 5.; *Val. Max.* I. 1. § 8. I. 3. § 1-3. Ci offrono degli esempi di ap zione di questo principio *Liv.* IV. 30. XXXIX. 8-19.; *Val. Max.* I. 3.; *Tertull.* loget. c. 6. advers. nation. c. 10.; *Dio Cass.* XL. 47. XLII. 26. *Tac.* Ann. XIII

(3) *Cic.* pro Balbo c. 24.; *Liv.* XLIV. 14.; *Val Max.* I. 1. § 13.; *Dio* LXIX. 15.; *Fest.* p. *Exesto.* Nondimeno vi erano anche i *sacra communia* ne' appunto erano venerate insieme con gli altri popoli le Divinità comuni, p. es. le *fe Latinae.*

(4) *Fest.* p. *Religiosus*; *Varro* in *Augustin.* de *civ. Dei* VI. 9.; *Cic.* pro Flac 28.; L. 5. § 1. D. *de jurejur.* (12. 2.), *Gell.* IV. 9.; *Diod. Sic.* XXXVI. 2.; L C. *de decurion.* (10. 31.)

(5) S'intende di per se che i confederati conservavano la loro religione. *H. G. Tsc ner* decadenza del paganesimo. (Lipsia 1828 p. 48-73) ha riunito innumerevoli pr per dimostrare che continuarono ancora nelle province le religioni e i culti più diver

(6) Così nell' anno di R. 657. furono generalmente proibiti i sacrifici umani, *I* *st.* n. XXX. 1. anche a' Cartaginesi, *Curtius* IV. 3. presso i quali però anche più se ne incontrano degli esempi. *Tertull.* Apolog. c. 9. *Porphyr. de abstin. ab esu mal.* II. 2. 7.

(7) *Arnob.* III. 38.; *Macrob.* Saturn. III. 9.; *Fest.* p. *Peregrina sacra*; *P* Quaest. Rom. c. 61. p. 126 ed. Reisk.; *Cic.* pro Balbo. c. 24. *Liv.* V. 52. XXIX. *Dion. Hal.* II. 17.; *Val. Max.* I. 1. § 1.; *Dio Cass.* XLVII. 15.; Ejusd. exc Vatic. No. 24.; *Minucius Felix* in Octavio c. 6.; *Prudentius* contra Symmachu v. 348-58.

(8) *Liv.* V. 4. 16.; *Val. Max.* l. c.; Cic. *de nat. Deor* II-4.

(9) *Fest.* p. *Municipalia sacra*; *Minuc. Felix* in Octavio. c. 6.

(10) *Polyb.* VI. 56. già parla della non curanza dell' antica religione. *Cic.* de deor. I. 42. *Augustin. de civ. Dei* VII. 20. Confr. anche *Cic. de divin.* II. 34. nat. deor. II. 3.; *Dion. Hal.* II. 6.; *Liv.* X. 40.

(11) *Cic. de off.* III. 33. *de leg.* II. 19. *in* Bruto c. 42.

(12) *Caj.* II. 55.; *Dion. Hal.* l. c.

ligione Romana cessò pure di essere una condizione della cittadinanza. Per verità i primi Imperadori per fini politici tentarono di rimettere in vigore le antiche regole, e di estenderle anche nelle province (13), ma sotto i posteriori imperadori fu tenuta ogni religione come egualmente buona (14). Solo quelle dottrine religiose che si stimavano pericolose, e gli abusi furon sempre vietati (15), come i sacrifici umani (16), la magia annoverata tra le superstizioni, le male arti esercitate da' *Chaldaei*, *Magici et Mathematici* (17); e più nel pericolo per l'ordine pubblico e per la sicurezza è da cercar la ragione delle ripetute persecuzioni de' Giudei (18) e de' Cristiani (19), che nell'odio della Religione; il perchè ordinariamente non si chiedeva se non che abbandonassero i loro supposti errori (20), e quando la potenza de' Giudei fu infranta ed annichilata da Tito, si concedè loro nuovamente una piena tolleranza (21). Ma la cosa andò bene altrimenti a cagione dello zelo religioso del Cristianesimo, dopo che questo fu divenuto la religione dominante dello stato; imperocchè, quantunque nimo a cagione della sua credenza religiosa fosse in tutto escluso dal-

(13) *Dio Cass.* LII. 36. LIV. 6.; *Suet.* in Octav. c. 29-31.; in Tiber. c. 36.; in Claud. c. 22-25., *Tacit.* Ann. II. 85. XI.; *Josephi Antiquit. Jud.* XVIII. 4. 5.; *Plin.* H. N. XXX. 1.; *Strabo* Geogr. IV. p. 303. Intanto Augusto faceva offrire ogni giorno in Gerusalemme un sacrificio al Dio de' Giudei per la sua prosperità, *Philo* de legatione ad Cajum. t. II. p. 588. 592.

(14) L. 5. § 1. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 3. § 3. D. *de decurion.* (50. 2.) Perciò si trovano de' cittadini romani di ogni confessione, altrimenti dopo che Caracalla ebbe estesa la cittadinanza ai provinciali (V. la mia storia § 67) avrebbero dovuto cessare nelle province i diversi culti, ma questi invece durarono ancora per molto altro tempo. *Tschirner.* op. c.

(15) L. 5. § 3. D. *de jurejur.* (12. 2.)

(16) *Plin.* *H.* N. XXX. 1.: *Sueton.* in Claud. c. 25.; *Paul.* S. R. V. 23. 16.

(17) *Tac. Histor.* I. 22.; *Dio. Cass.* excerpta Vatic. No. 100.; *Paul.* S. R. V. 21. § 1-4. V. 23. § 17. 18.; *Collat.* XV. 2.; Tit. C. *de malef. et mathem.* (9. 18.) § 5. J. *de jud. publ.* (4. 18.). Probabilmente tra questi erano già compresi quelli che faceano professione di trovar tesori. L. un. C. *de thesaur.* (10. 15.)

(18) *Joseph.* Ant. Jud. XVIII. 5.; *Sueton.* in Claud. c. 25.; *Cic.* pro Flacco c. 28. già declama contro la *exitialis superstitio*, e contro lo spirito di usura de' Giudei che smungeva l'Italia e l'Asia. Confr. anche *Diod. Sic.* XXXIV. 1.

(19) *Sueton.* in Nerone c. 16.; *Tac. Ann.* XV. 44.; *Plin.* Ep. X. 97. 98.; *Gibbon* History etc. Cap. 16.

(20) *Tertull. Apol.* c. 2. 3.; *Lactant.* div. *Inst.* V. 9. *Plin.* Ep. X. 97.

(21) Antonino Pio restituì loro il libero esercizio della religione con la sola limitazione che non potessero far de' proseliti L. 11. pr. D. *ad leg. Corn. de sicar.* (48. 8.) *Paul.* V. 22. § 3. 4., e *Settim. Sever.* diè loro la capacità di avere degl' impieghi. L. 3. § 3. D. *de decurion.* (50. 2.)

la cittadinanza (22), pure delle importanti differenze giuridiche furon attaccate alla professione religiosa. La nuova teorica si formò princ palmente nel primo secolo dopo Costantino, ma ne' particolari fu svc ta e compiuta dalla legislazione posteriore ed in ispezialità da Giust niano. Ma il suo successivo e graduale svolgimento ha per noi tropp lieve importanza, perchè non ci debba bastare di esporre solo l'ult mo suo risultamento.

β) Principî del dritto di Giustiniano.

§ 20. Secondo il dritto di Giustiniano solo il cristiano ortodosso g de della pienezza di tutt' i diritti civili.

1.° I pagani ed i Giudei per verità non possono esser perseguita quando sieno nati in questa religione (1); ma non possono avere alcu impiego o dignità (2), eccetto il gravoso decurionato, di cui però n godono i privilegi (3), non possono possedere alcuno schiavo cristi no (4), ed i Giudei i quali anche, eccetto per le materie di religion non stanno più sotto il dritto mosaico (5), non possono contrar m trimonio coi cristiani (6). Ma se sono apostati che hanno disertato d cristianesimo, allora son colpiti ancora dalla intestabilità (7) e dal incapacità di alienare (8), ed in talune circostanze possono anche ess puniti per l' apostasia (9).

2.° A simili restrizioni van soggetti ancora tutti gli eretici (10

(22) Solo talvolta si andò tant' oltre da non voler soffrire nello Stato Romano alcu setta di eretici, e segnatamente i Manichei L. 5. C. *de haeret.* (1. 5.)

(1) L. 6. C. *de pagan.* (1. 11.)

(2) L. 10. C. *eod.* L. 19. C. *de Judaeis* (1. 9.)

(3) Nov. 45. prooem. Le leggi sopra ciò sono spesso variate. J. *Gothofr. ad l.* 13. Th. *de Judaeis* (16. 8.)

(4) L. 1. 2. C. *ne Christian. mancip.* (1. 10.)

(5) L. 10. C. *Th. de jurisd.* (2. 1.) L. 7. 8. C. *de Judaeis* (1. 9.) confr. con la 13. C. *Th. de Jud.* (16. 8.) *Schweppe* Stor. del dr. § 205. fa qui una distinzione n fondata; V. *Jac. Gothofr.* ad leg. 10. C. *Th. cit. e ad leg.* 15. C. *Th. cit.*

(6) L. 6. C. *eod.* ciò non si trova per rapporto ai pagani, anzi Giustiniano nel suo C dice ha tralasciato il divieto del matrimonio coi barbari stranieri, che altre volte esist L. un. C. *Th. de nupt. gentil.* (3. 14.)

(7) L. 2. 3. 4. C. *de apostat.* (1. 7.)

(8) L. 4. C. *eod.*

(9) P. es. quando un chierico o monaco si renda apostata L. 1. L. 6. C. *eod.*, ovv quando con l' apostasia ha avuto luogo una frode L. 10. C. *de pagan.* (1. 11.)

(10) L. 1. L. 20. § 3. C. *de haeret* (1. 5.)

imperocchè essi son del pari esclusi da tutti gl' impieghi e dignità spirituali o temporali ad eccezione del solo decurionato (11), non possono ereditare da alcuno, e neppure ottener legati, solo possono legare o donare qualche cosa agli ortodossi, ed alla loro morte il loro patrimonio ricade al fisco (12). Non è ammessa, ed è senza effetto la loro testimonianza contro gli ortodossi (13), e le eretiche debbono anche dotare le loro figliuole ortodosse (14), e non hanno i privilegi della dote (15). Da ultimo la trasmissione de' fondi de' Cristiani agli eretici in generale è invalida (15). Ma per riguardo ad alcune sette s' incontrano anche delle maggiori restrizioni, come segnatamente pe' Manichei o Donatisti (16), i quali sono al tutto intestabili, ed incapaci di qualunque atto giuridico (17). Del resto si ritiene per otodosso solo colui che riconosce (18) tutti i canoni de' quattro concilii generali (19).

e.) Per rispetto *allo stato ed alla professione*.

§. 21. Da ultimo molte differenze civili più o meno onorevoli procedono eziandio dallo stato o condizione civile che vogliasi dire, le quali sono in parte ereditarie. Per verità dopo l' estinzione del Patriziato non vi fu in Roma alcuno stato ereditario in fino a che non fu istituito il colonato (1); ma nel tempo posteriore anche la dignità senatoria ed il decurionato divenne ereditario (2). Intanto la maggior parte delle distinzioni di stato che s' incontrano nel romano dritto sono puramente personali, cioè non si trasmettono ai successori, e la nobiltà nel senso che oggi la intendiamo, nel dritto Romano è perfettamente sconosciuta. Or tutte le differenze per ragion dello stato si possono ridurre a due specie principali, secondo che gli stati appariscono o come preferiti e privilegiati o come civilmente posposti.

1.° Agli stati privilegiati appartengono in ispezialità: 1° i sacerdoti

(11) L. 3. L. 7. C. *eod.* L. 49. C. *de decur.* (10. 31.)
(12) L. 17. 18. 19. 22. C. *de haeret.* (1. 5.) Nov. 115. c. 3. § 14. c. 4. § 8.
(13) L. 21. C. *eod.*; Nov. 45. c. 1.
(14) L. 19. § 1. C. *eod.*
(15) Nov. 109. c. 1.
(16) L. 10. C. *eod.*
(17) L. 4. C. *eod.*
(18) V. la mia st. § 138.
(19) Nov. 115. c. 3. § 14.
(1) V. la mia storia § 121. V. appresso § 127. 128.
(2) V. la mia st. § 126. e 128.

di qualsivoglia specie. Di già i sacerdoti pagani godevano di ogni ma niera di privilegi (3), i quali però non erano ancora molto importan ti, oltrechè ai sacerdoti di tutte e due le specie, cioè così a quel destinati al servizio divino, come a quelli che davano opera agli auspi ci ed agli auguri (4) mancava un carattere spirituale nel senso cristi no, che ne limitasse la partecipazione degli affari temporali (5). A contrario il clero cristiano ottenne ben presto moltiplici privilegi (6) che furono in parte estesi anche ai monaci, *monachi*, ed alle monach *sanctimoniales*, *diaconissae* (7), quantunque questi non fossero an noverati al clero propriamente detto. 2° Gl' impiegati, i cui privileg però son diversi secondo gl' impieghi (8). 3° Tutti coloro che hann ottenuto un grado o un titolo, distinzione la quale si manifesta sem pre ne' privilegi appunto che vi sono annessi (9). 4° Le persone mil tari, e non solo quelli che tuttora prestano servizio (10), ma ancora veterani onorevolmente congedati (11).

2.° Gli stati posposti sono in prima tutte quelle classi di persone, quali o per la loro origine o pel mestiere che esercitano son tenute vile (12). Ma si trovano ancora delle altre classi di persone, le qua senza esser degradate nella pubblica opinione sono nondimeno sogge te a diverse restrizioni, come i coloni (13), ed in un certo senso tu quelli che vivono in misero e basso stato, *humiliores plebeji* posson riguardarsi come civilmente posposti, imperocchè questi debbon

(3) *Caj.* I. 130. 144. III. 114. *Ulp.* X. 5.; *Dion. Hal.* II. 21. 22.; *Gell.* X. 1

(4) *Cic. de leg.* II. 8.

(5) Per lo più trovasi anche un carattere spirituale limitativo nel *Flamen Diali* nelle Vestali *Gell.* X. 15.; *Fest.* p. *Edera*, *Equo*, *Flammes*, *Funebres*, *Mortuu* *Praeclamitatores*; *Plut* in Numa c. 10.; *Gell.* I. 12.; *V. I. A. Hartung.* la relig ne de' romani. Erl. 1836. vol. 1. p. 192. segg.

(6) *Euseb. Hist. eccl.* X. 7.; L. 1. 2. 6. 7. 8. 16. 17. 21. 34. C. *de episc. et cl* (1. 3.); Nov. 81. 33. 123.

(7) L. 9. L. 27. § 2. L. 33. C. *eod.*; Nov. 79. c. 1. 4.

(8) Anche i decurioni tanto gravati negli ultimi tempi hanno alcuni privilegi L. C. *de decur.* (10. 31.) Nov. 151. Sopra un privilegio comune a tutti gli uffiziali è f dato il *peculium quasi castrense* § 94.

(9) Per lo più son preferiti i patrizi titolari del nuovo dritto romano. V. la mia st 121. n. 26.

(10) pr. § 1. J. *de test. mil.* (2. 11.) pr. J. *qui test. fac. poss.* (2. 12.) L. 1. *de test. mil.* (29. 1.) L. un. D. *de bon. poss. ex test. mil.* (37. 13.) V. Dig. XI 16. 17.; C. II. 51. 52. VI. 21. XII. 21-48. 58. 63.

(11) L. 1. 2. 3. 5. D. *de veteran.* (49. 18.) L. 1. 2. C. *eod.* (12. 47.)

(12) V. sopra § 18.

(13) V. appresso § 127. 128.

sempre esser puniti più severamente che le persone di gentile condizione (14).

3) *Principio e fine della personalità.*

§. 22. L' uomo ottiene la personalità o mediante la liberazione dalla schiavitù (1), o per la nascita da una madre libera (2), giacchè il parto si ritiene come una porzione del corpo materno (3). Se la morte segue subito dopo il parto, ciò non esclude l' acquisto della personalità, anche quando il parto non sia vitale (4), purchè il bambino uscito dal corpo della madre abbia dato segni di vita (5), e non sia un mostro *monstrum* (6). Secondo una *lex Regia* attribuita a Romolo, questi mostri debbono immantinente essere uccisi (7). Non pertanto a vantaggio de' genitori si contano tra i figli (8). Ma quantunque la personalità in generale possa cominciar solo con la nascita, non pertanto in molti rapporti si prende in considerazione anche l' embrione nel seno della madre, quando si tratta del suo vantaggio (9). Finisce la personalità

(14) *Paul.* S. R. V. 19. § 2. 20. § 6. 21. § 2. 22. § 2. 23. § 1. 13. 25. § 1. L. 11. D. *sepulch. viol.* (47. 12.) L. 1. § 3. D. *de abigeis* (47. 14.) L. 1. § 2. D. *de effractor.* (47. 18.) L. 3. § 5. D. *ad leg. Corn. de sicar.* (48. 8.) L. 28. § 2. L. 38. § 3. 5. 7. L. 48. § 2. D. *de poen.* (48. 19.) L. 11. C. *de quaest.* (9. 41.) § 4. J. *de publ. jud.* (4. 18.)

(1) V. appresso § 122-125.

(2) V. appr. § 121.

(3) L. 12. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 141. D. *de* V. S (50. 16.)

(4) *Savigny* Sistema vol. II. agg. 3.

(5) L. 2. 3. C. *de posth.* (6. 29.) confr. con la L. 129. D. *de* V. S. (50. 16.). I Proculiani veramente richiedevano che il bambino avesse gridato, ma Giust. nella L. 3. C. cit. ha seguita l'opposta opinione de' Sabiniani, che basti cioè qualunque altro segno di vita.

(6) L. 3. C. cit. L. 14. D. *de stat. hom.* (1. 5.). La mostruosità si giudica semplicemente dalla testa, giacchè questa è la parte principale del corpo umano. L. 44. pr. D. *de relig.* (11. 7.), ed una semplice deformità delle membra non nuoce. *Paul.* IV. 9. § 3. L. 14. D. *de statu hom.* (1. 5.) L. 12. § 1. D. *de lib.* (28. 2.) L. 4. pr. D. *de re mil.* (49. 16.) L. 38. D. de V. S. (50. 16.); *Isidor.* Orig. XI. 3.

(7) *Dion. Hal.* II. 15.; *Cic. de leg.* III. 8.

(8) L. 135. D. *de* V. S. (50. 16.)

(9) L. 7. L. 26. D. *de statu hom.* (1. 14.) L. 231. D. *de* V. S. (50. 16.) Se ne trovano delle applicazioni nella L. 2. D. *de mort. inf.* (11. 8.) L. 4. D. *de extraord. crim.* (47. 11.) L. 8. D. *ad L. Corn. de sic.* (48. 8.) L. 38. § 5. L. 39. D. *de poen.* (48. 19.) L. 18. *de statu hom.* (1. 14.) L. 3. D. *de poen.* (48. 19.) L. 1. § 3. D. *de ventre in poss. mitt.* (37. 9.) L. 3. D. *si pars. hered. pet.* (5. 4.) L. 8. pr. D. *de*

per la perdita della libertà, e per la morte, la quale però dev' es effettivamente avvenuta (10) e non già presunta o congetturata (11) questa materia non si da luogo a presunzioni di dritto che pei soli speciali, in cui, essendo perite insieme più persone, si cerca sapere sia morta la prima (12); e per coloro che son morti schiavi press nemico per la *lex Cornelia testamentaria* (13) si ammette una finzi particolare, cioè che sieno morti nel momento medesimo in che fu fatti prigioni, *fictio legis Corneliae* (14). Per rispetto alle pers scomparse, di cui non si sa ove sieno state, è indispensabile di amn tere una presunzione sul tempo della morte (15).

4) *Status et capitis diminutio.* (*)

§. 25. Abbenchè la parola *status* si trovi adoperata in molte occ renze (1), pure l' espressione *status personarum* si applica in pr renza a significar (2) tre diverse circostanze, le quali hanno la maggi influenza sulla capacità giuridica e sui rapporti di dritto. 1.° *Sta libertatis*, la libertà (3), il cui possesso viene anche indicato con

reb. dub. (34. 5.) L. 23. D. *de captiv.* (49. 5.) § 4. J. *de tut.* (1. 13.) L. 7. § 1 *de senator.* (1. 9.)

(10) L. 18. § 1. D. *de manum. test.* (40. 4.); *Cujacii* Observ. III. 24.

(11) L. 19. D. *de adquir. her* (29. 2.)

(12) L. 10. 17-19. 23. 24. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 17. § 7. *ad Sct.* T (36. 1.)

(13) V. la mia st. § 36. no. IV.

(14) L. 10. 11. 12. pr. 18. 22. D. *de captiv.* (49. 15.) D. *de usurp.* (41. 3. 32. § 14. D. *de don. int.* V. *et U.* (24. 1.)

(15) Secondo il dritto romano in tal materia si poteva procedere in varie guise: o nendo che la più lunga durata della vita sia di 100 anni L. 56. D. *de usufr.* (7. 1 8. D. *de usufr. leg.* (33. 2.), L. 23. C. *de sacros. eccl.* (1. 2.) *Plin.* H. N. VII o applicando le norme contenute nella L. 68. D. *ad* L. Falc. (35. 2.) sulla verisi durata della vita secondo l' età che la persona avea al tempo che scomparve, o finalm ammettendo, sull' appoggio della L. 10. D. *de ritu nupt.* (23. 2.), la presunzion morte tre anni dopo il dì della scomparsa.

(*) A. *Feuerbach* Saggi Civ. no. 6.; *E Lohr* nel Magazzino per la legislaz. e la s za del dritto vol. 4. no. 1.; *Savigny* Sistema vol. II. Agg. VI.

(1) § 4 J. *de just. et jur.* (1. 1.) L. 1. § 2. D. *eod.* (1. 1.) L. 2. § 24. D. d J. (1. 2.) L. 32. § 1. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 13. D. *de probat.* (22. 3.) L. 2. D. *ubi pupill.* (27. 2.) L. 77. § 14. D. *de legat.* II. (31.) L. 108. § 1. D. *de* V (45. 1.) L. 9. § 1. D. *de duob. reis* (45. 2.) L. 5. § 1. D. *de extraord. cogn.* (50.

(2) L. 11. D. *de cap. min.* (4. 5.)

(3) pr. § 1. J. *de cap. min.* (1. 16.)

tare caput habere (4), e che è la condizione fondamentale della personalità, e però degli schiavi si dice che essi non hanno alcuno *status* nè *caput* (5). 2° *Status civitatis*, la cittadinanza (6), dalla quale in ciascuno Stato dipende il godimento di tutti i dritti che non son conceduti agli stranieri. 3° *Status familiae*, il rapporto di una persona con l' associazione della famiglia, il quale può esser di due maniere, secondo che l' uomo o è membro di una famiglia, o è solo (7). A questi tre *status* corrispondono le tre correlative *capitis diminutiones* (8), delle quali la maggiore comprende sempre la minore (9), e le due maggiori si chiamano anche morte civile, *mors civilis* (10), e sono: 1.° la *c. d. maxima*, la perdita della libertà, quando alcuno in qualsivoglia modo diviene schiavo (11), 2° la *c. d. minor* s.*media*, la perdita della cittadinanza (12) sia per pena, sia per emigrazione (13), e 3.° la *c. d. minima*, la perdita dell' attuale stato di famiglia (14) o per l' entrata in una famiglia, (15) o per l' uscita da una famiglia (16), o

(4) § 4. J. *eod.*; *Niebuhr* St. R. I. p. 642. II. p. 460.

(5) § 4. J. cit. L. 3. § 1. L. 4. D. *eod.* (4. 6.)

(6) L. 11. D. *eod.*

(7) Quest' idea, che ad ogni modo ha qualche cosa d' irregolare, per cui anche talvolta lo stato di famiglia viene contrapposto allo *status*, che in tal caso comprende solo lo *status libertatis* e *civitatis*, L. 1. § 8. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.), si deduce dal confronto di tutti insieme i casi della *capitis diminutio minima*, dal quale si vede essere assolutamente impossibile di attribuire lo *status familiae* solo a colui che appartiene ad una famiglia, o sta alla testa di una famiglia come *paterfamilias*. Anche di coloro che stanno isolati si dice che « *propriam familiam habent* » L. 195. § 2. in fine *D. de* V. S. (50. 16.)

(8) *Zimmern* St. del dritto I. 2. § 220.; A. H. E. P. a *Seckendorf de cap. dim. min.* Colon. 1828. 8.; *Fest.* p. *Deminutus*.

(9) § 6. J. *de cap. min.* (1. 16.); *Caj.* I. § 163.

(10) L. 59. § 2. D. *de cond.* (35. 2.) L. 209. D. *de* R. J. (50. 16.) L. 32. § 6. D. *don. int.* V. *et* U. (24. 1.); Nov. 22. c. 9.

(11) *Caj.* I. 160.; *Ulp.* XI. 11.; § 1. J. *de cap. min.* (1. 16.) L. 11. D. *eod.*

(12) *Caj.* I. 161., Ulp. XI. 12.; § 2. J. *eod.* L. 5. L. 11. D. *eod.*

(13) Confr. la mia st. § 5.

(14) *Caj.* I. 162.; Ulp. XI. 13.; § 3. J. *eod.* L. 5. § 2. L. 6. L. 11. D. *eod.*

(15) I casi possibili sono l' arrogazione, la legittimazione, la rivoca dell' emancipazione, e la *in manum conventio* di una donna *sui juris*.

(16) Qui appartengono solo l' emancipazione, e l' alienazione *in mancipium* segnatamente per la *noxae datio*. Del resto è cosa assolutamente superflua quando Paolo nella L. 3. § 1. *de cap. min.* (4. 6.) spiega dalla forma, che l' emancipazione viene annoverata tra le *capitis diminutiones*, quantunque migliori la condizione dell' emancipato. L' emigrazione non è meno una *capitis diminutio media* perchè forse l' emigrato si trovi meglio nell' altro Stato. Ciò che è decisivo per la nozione della diminuzione di capo è la perdita dello stato precedente.

pel passaggio da una famiglia in un' altra (17), ne' quali casi per verità l' uomo acquista sempre un nuovo stato di famiglia, e però la c. d. *minima* chiamasi anche semplicemente *status permutatio* (18), anzi di essa dicesi che avviene *salvo statu* (19).

5) *Rapporti locali delle persone.* (*)

§. 24. Il luogo ove dimorano le persone in più guise vien preso in considerazione, ma specialmente per determinar la competenza del foro e il dritto, secondo il quale gli atti o le relazioni giuridiche di alcuno si debbono giudicare. Sotto questo rispetto si distingue.

1.° Il domicilio *domicilium* dove alcuno ha la sua propria patria (1), che può anche aversi in più luoghi nello stesso tempo (2). In generale ciascuno è in libertà di scegliersi il suo domicilio (3), *domicilium voluntarium*, e può questo avvenire anche tacitamente pel fatto che alcuno stabilisca in un luogo la sede principale, il centro de' suoi affari, dal quale egli regolarmente dirige i suoi negozi (4); soltanto, per questo non basta nè la sola intenzione (5), nè l' acquisto di fondi (6), ma alla volontà di stabilire un domicilio si deve anche aggiungere che nel luogo trascelto si abbia un' abitazione, e che vi si dimori almeno per qualche tempo (7), però non si richiede che si abbia la proprietà dell' abitazione (8). Ma il domicilio può anche essere assegnato, *domicilium necessarium* o per ragione di un impiego, il quale richiede la residenza in un dato luogo (9), o per pena (10), o per la relazione

(17) Un passaggio di tal fatta si opera solo per l' adozione, e la *in manum conventio* di una *filia familias*.

(18) V. i luoghi cit. nella no. 14.

(19) L. 1. § 8. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.)

(*) W. A. Lauterbach Diss. Acad. Vol. 11. No. 72.; *Gesterding* nell' Archiv. per la pratica civ. vol. VII. no. 22.; *I. F. Kierulff* Teoria del dritto civ. comune. Altona I 1839 vol. I. p. 122. segg.

(1) L. 7. C. *de incolis* (10. 39.) L. 203. D. *de* V. S. (50. 16.)

(2) L. 5. L. 6. § 2. L. 27. § 2. D. *ad municipal.* (50. 1.)

(3) L. 31. D. *eod.* L. 6. C. *de incol.* (10. 39.)

(4) L. 27. § 1. D. *ad munic.* (50. 1.)

(5) L. 20. D. *eod.*

(6) L. 17. § 13. D. *eod.* L. 4. C. *de incol.* (10. 39.)

(7) L. 203. D. *de* V. S. (50. 16.)

(8) L. 5. § 2. D. *de injur.* (47. 10.)

(9) L. 11. D. *de senator.* (1. 9.) L. 22. § 5. 6. L. 23. D. *ad munic.* (50. 1.) L. 8. C. *de inc.* (10 39.)

(10) L. 22. § 3. D. *ad munic.* (50. 1.)

in cui una persona sta rispetto ad un' altra, così le mogli hanno il domicilio de' loro mariti, e i figli quello de' loro genitori (11). Il domicilio una volta stabilito non cessa pel solo allontanamento dal luogo (12) fino a che non apparisca la determinata intenzione di abbandonarlo (13), e neppure pel cessare delle circostanze sulle quali era fondato il domicilio necessario (14).

2.° Il luogo di origine; ed in generale si ritiene per tale il luogo in cui al tempo del parto i genitori aveano il loro domicilio, e solo quando questo s' ignora, il luogo nel quale alcuno effettivamente è nato (15).

3.° Il luogo di dimora, dove alcuno si trova senza aver quivi stabilito il suo domicilio (16). Chi non si trova nel suo domicilio dicesi assente in senso stretto (17); ma assenza in senso lato significa in generale allontanamento da un luogo, ove alcuno avrebbe interesse di esser presente (18), ed in tal caso si vuol ricercare se l' assenza sia volontaria o necessaria, riprensibile o indifferente, o anche lodevole (19). L' assenza per ragione di affari dello Stato vien particolarmente detta *absentia reipublicae causa* (20). Talvolta si finge anche l' assenza (21), e talvolta l' assenza o la presenza si riferisce solo alla circostanza se due persone abitano nella medesima o in diverse province (22).

(11) L. 1. § 2. L. 3. L. 4. L. 6. § 1. L. 22. § 1. D. *eod.* L. 9. C. *de inc.* (10. 39.)
(12) L. 7. C. *de incol.* (10. 39.) L. 27. § 1. 3. D. *ad munic.* (50. 1.)
(13) L. 27. § 2. D. *eod.*
(14) L. 22. § 1. D. *eod.*
(15) L. 1. § 2. L. 6. pr. § 1. L. 9. D. *eod.* L. 3. 4. 5. C. *de munic.* (10. 38.)
(16) L. 27. § 1. 2. D. *eod.* L. 5. § 5. D. *de injur.* (47. 10.) L. 3. C. *de inc.* (10. 39.)
(17) L. 7. C. *eod.* 5. 6. 7. D. *de procur.* (3. 3.) L. 173. § 1. D. *de* V. S. (50. 16.
(18) L. 68. L. 71. L. 78. D. *de jud.* (5. 1.) L. 199. D. *de* V. S. (50. 16.)
(19) L. 4. L. 5. L. 14. L. 26. § 1. 9. L. 28. pr. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 6. D. *ubi pupill.* (27. 2.)
(20) L. 30. § 1. L. 31. L. 32. L. 36. L. 39. L. 42. L. 44. L. 49. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 10. pr. § 2. D. *de excus.* (27. 1.) § 2. J. *eod.* (1. 25.) L. 15. § 1. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.)
(21) L. 7. L. 65. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 15. § 3. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.) L. 9. L. 10. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 22. § 2. D. *eod.* L. 17. § 11. D. *de injur.* (47. 10.) L. 124. § 1. D. R. J. (50. 17.) confr. con la L. 2. § 1. D. *de procur.* (3. 3.) L. 209. D. de V. S. (50. 16.)
(22) L. 12. C. *de praescript. longi temp.* (8. 33.) pr. J. *de usucap.* (2. 6.)

III. DELLE PERSONE GIURIDICHE O MORALI.

1) *In generale* (*)

§. 25. Le persone giuridiche son fondate sopra una finzione legale, giacchè in questa materia quel che non è una propria persona vien nondimeno trattato come tale e secondo la natura delle persone. Non pertanto un perfetto pareggiamento delle persone giuridiche con le fisiche sarebbe impossibile; inoltre questa eguaglianza nel dritto romano riguarda quasi esclusivamente gli affari del patrimonio (1), ed anche per questo rapporto han luogo parecchie differenze o particolarità (2). Or perchè la semplice volontà de' privati non può dar forza obbligatoria per gli altri ad una finzione che deve avere effetti giuridici, la creazione di queste persone giuridiche dee sempre provenire dal potere legislativo (3) sia mediante un privilegio speciale, al quale però anche in questo riguardo può ritenersi come equivalente la prescrizione immemorabile (4); sia mediante una legge generale, la quale anticipatamente abbia stabilito le condizioni della formazione di persone giuridiche. Tra le persone giuridiche di tal fatta, cioè riconosciute legislativamente una volta per sempre, e che quindi non han bisogno di alcun privilegio speciale (5) vengono: 1.° Lo Stato medesimo, il quale sotto questo rapporto nella latinità de' tempi posteriori viene ordinariamente indicato col nome di *Fiscus* (6) e gode molti privilegi

(*) *H. E. Dirksen* Sullo stato delle persone giuridiche secondo il dritto romano nei Trattati civili vol. II. no. 1.; *Savigny* Sistema vol. II. § 85. segg.

(1) *Savigny* nel luogo cit. § 85.

(2) Segnatamente le persone giuridiche hanno a poco a poco ottenuta la capacità di succedere, *Dirksen* l. cit. p. 129. segg.

(3) *Muhlenbruch* Decisione del caso di successione di Stedel, Halle 1828. 8. p. 140. segg.; *Savigny* l. c. § 89.

(4) Ciò che sostiene *Elvers* « Della capacità di succedere per testamento, in ispecialtà delle persone giuridiche » Göttingen 1727. 8. p. 194. vol. I. che le persone giuridiche non avessero mestièri di alcun riconoscimento per parte dello stato, si può ammettere solo presupponendo che da tempo immemorabile sieno esistite come persone giuridiche.

(5) Ma in altro rapporto può per questo esser necessaria una concessione sovrana, p. es. un luogo non può essere elevato a città che per autorità del governo; ma se questo luogo è stato una volta dichiarato città, non v' è mestieri di una speciale concessione dei dritti di una persona giuridica nè di un riconoscimento della qualità di persona giuridica, esso è implicito e s' intende di per se, ed il somigliante si dica delle Chiese.

(6) Confr. la mia st. § 72. e § 14. J. *de usucap.* (2. 6.) L. 6. D. *de jure fisci* (49. 14.); Fragm. vet. Icti *de jure fisci.* Quando gli antichi Romani volean parlare dello

negli affari del patrimonio (7), i quali però non si applicano anche nelle relazioni con gli Stati esteri (8), 2.° i Comuni (9) e specialmente le città, *municipia civitates*, *reipublicae* (10), alle quali eziandio son conferiti alcuni privilegi (11). 3.° L' *ordo decurionum*, il quale non solamente come un' autorità civile rappresentava i Comuni, ma formava pure per sè stesso una persona giuridica con un proprio patrimonio (12). 4.° Le Comunità religiose (13). 5.° Le Chiese medesime, le quali dopo il *Fiscus* hanno i maggiori privilegi (14). Fin dal paganesimo molti Tempi erano riconosciuti come persone giuridiche (15), ma le

stato come subbietto di dritto ordinariamente lo nominavano *populus* o *aerarium populi*, e *Cic.* de off. 1. 34. si serve dell' espressione *persona civitatis*.

(7) *M. A. Peregrini de jure et priv. fisci* libri IV. Colon. Agripp. 1663. 4.; *Fr. Kaucker* Diss. *de fisco Romanorum*. Heidelberg 1819. 4.

(8) In molti passi si trova che i Romani permisero di riguardarsi come persone giuridiche anche gli stati confederati, segnatamente le piccole *civitates liberae* del Romano impero, ma che avesser conceduto ad esse anche nelle loro giuridiche relazioni i *privilegia fisci* nello stato Romano, di ciò non si può rinvenir traccia veruna.

(9) *Cic.* già usa l' espressione *Commune* in questo senso di comunanza locale *Cic. in Verr.* 11. l. c. 38.

(10) L. 1. § 1. L. 2. L. 3. L. 7. L. 8. L. 9. D. *quod cujusque univ. nom.* (3. 4.) L. 9. § 1. Dig. *de rer. div.* (1. 8.) L. 15. § 1. D. *de dolo* (4. 3.) L. 4. C. *de jure reip.* (11. 29.) L. 1. L. 3. C. *de vend. reb. civ.* (11. 31.) L. 1. § 2. C. *de deb. civ.* (11. 32.) Per verità è certo che non solo le città municipali, ma anche i villaggi e le altre località nel territorio di un *municipium*, negli affari del patrimonio, valevano come persone giuridiche L. 73. § 1. D. *de legat.* 1. (30.) L. 2. § 5. C. *de jurejur. propt. cal.* (2. 59.), ma è assai da dubitare se, come sostiene *Dirksen* nel luogo citato p. 15. segg., fossero riputate come proprie persone giuridiche anche le diocesi, le province e le parti di province, le quali per mezzo di deputati potevano tenere delle assemblee per deliberare intorno ai comuni interessi e per tal ragione vennero denominate anche *Commune*, come *Commune Siciliae*, *Thraciae*, *Thessaliae* etc. *Cic.* in Verr. II. 2. c. 46. 59. 63. II. 4. c. 62. pro Flacco c. 23.; L. 37. D. *de jud.* (5. 1.) L. 5. § 1. D. ad L. *Jul. de vi publ.* (48. 6.) L. 1. § 1. D. *de appellat.* (49. 1.); *Euseb.* Hist. Eccl. IV. 13. L. 5. *de legat.* (10. 63.) L. 16. C. Th. *de legat. et decret. legat.* (12. 12.); J. *Gothofredus* paratitlon ad h. t. Una provincia difficilmente poteva essere istituita erede.

(11) L. 38. § 1. D. *reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 10. D. *ad munic.* (50. 1.) L. 15. D. de V. S. (50. 16.) L. 4. C. *ex quib. caus. maj.* (2. 54.) L. 3. C. *de comp.* (4. 31.) L. 3. C. *de jure reip.* (11. 29.)

(12) L. 7. § 2. D. *quod cuj. un. nom.* (3. 4.) L. 22. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 2. C. *de praed. decur.* (10. 33.) L. 4. C. *de hered. decur.* (6. 62.)

(13) L. 1. C. *de sacros. eccl.* (1. 2.); *Euseb.* Hist. Eccl. X. 5.

(14) L. 21. 22. 23. pr. C. *de sacros.* eccl. 1. 2. L. 28. C. *de Episc.* (1. 3.) L. 1-3. C. *de rei domin. vel templ.* (7. 38.); Nov. 120. Nov. 131. c. 12.

(15) Ulp. XXXII. 6.

Chiese cristiane son tutte in questa condizione (16). 6.° Gli stabilime
ti pii fondati come pubbliche istituzioni in uno scopo religioso o
beneficenza, *pia corpora s. piae causae*, *s. domus divinae*, ai qu
competono in generale i privilegi medesimi che alla chiesa (17). 7° l
nalmente le eredità non ancora accettate, *hereditates jacentes*, per
quali, a fine di ritenere il patrimonio come una unità, si finge la co
tinuazione del possessore morto, per la qual finzione esse rapprese
tano la sua persona (18), e quindi si considerano anche come subbie
di dritto (19).

2) In ispezialità delle *Universitates personarum* (*)

§ 26. Secondo il valore della parola chiamasi *universitas person
rum* in generale soltanto un aggregato di persone, le quali son riuni
per qualche scopo, ma i Romani regolarmente fanno uso di questa
spressione solo per quelle riunioni che son riconosciute come perso
giuridiche (1). Mentre solamente ai Comuni ed alle Comunità religio
è attribuita per modo generale la personalità, le altre riunioni han b
sogno di un privilegio speciale (2), mediante il quale l' unione vie
elevata a corporazione, compagnia, scuola, o corpo d' artefici *corpu*

(16) L. 1. L. 12. C. *de sacros. eccl.* (1. 2.)

(17) L. 19. 22. 23. C. *eod.*

(18) § 2. J. *de hered. inst.* (2. 14.) L. 31. § 1. L. 64. D. *eod.* (28. 5.) L. 116.
3. D. *de leg.* I. (30.) L. 33. § 2. L. 34. L. 61. D. *de adqu. rer. dom.* (41. 1.) p
J. *de stip. serv.* (3. 17.)

(19) L. 22. D. *de fidejus.* (46. 1.) L. 43. D. *de adqu. her.* (29. 2.) L. 18. D. d
adq. rer. dom. (41. 1.) L. 28. § 4. D. *de stip. serv.* (45. 3.) L. 31. § 5. L. 40. I
44. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 15. pr. D. *de interrog. in jure* (11. 1.) L. 21. § 1. D
de negot. gest. (3. 5.)

(*) *J. L. H. de Wassenaer* ad Tit. D. *de coll. et corpor.* L. B. 1710. (in *Fellenbe
gii* Jurispr. antiq. I. p. 397-443.); *C. S. Zachariae* Liber quaestionum. Viteb. 180
Quest. 10.; *J. L. Gaudliz* (s. *Haubold*) *de finibus inter jus singulorum et univers
tatis regundis* Lips. 1804. (*Hauboldi* Opusc. vol. II. p. 546-620. p. LXIII-LXXIX.
Secondo l' opusc. vol. I. p. XV. l' ultima opera è in parte dello stesso *Haubold* ed i
parte del suo discepolo *Gaudliz*. Abbiamo ora uno scritto importante nel rapporto stori
co di *F. H. Mommsen* de Colleg. et Sodalitiis Romanorum Kil. 1843. 8.

(1) Non basta che un numero di persone solo in alcuni determinati rapporti valga co
me unità, senza ritenersi in generale per un subbietto di dritto, come un collegio d' im
piegati L. 25. D. *ad munic.* (50. 1.)

(2) L. 1. pr. D. *quod cujusq. univ. nom.* (3. 4.) L. 20. D. *de reb. dub.* (34. 5.
L. 1. 2. 3. D. *de colleg. et corpor.* (47. 22.) L. 5. § 12. D. *de jure imm.* (50. 7.
L. 8. C. *de hered. inst.* (6. 24.)

s. collegium ordo (3); ciò però presuppone la riunione almeno di tre persone (4). In generale le regole fondamentali stabilite pei Comuni valgono ancora per le corporazioni riconosciute di altra specie (5), in quanto la loro natura ne comporti l' applicazione, e non sieno tali regole esclusivamente limitate ai Comuni e ad altre singole specie di riunioni, di qual fatta sono i privilegi delle città. Si possono riguardar come principi che generalmente si applicano i seguenti:

1.° Ogni *universitas* può avere de' direttori o soprastanti per l'amministrazione degli affari, o eletti, o secondo altre regole nominati, *Actores*, *Syndici*, *Magistri*, *Curatores* (6), gli atti de' quali, in quanto non eccedano le loro facoltà (7), valgono come atti della corporazione, cosicchè essi la obbligano (8); d' altra parte costoro, per tutti i danni che abbiano arrecati, sono risponsabili (9) verso la corporazione, ma non già verso i singoli membri (10). Quando vi sieno più direttori o amministratori, i quali come colleghi sien rivestiti del medesimo ufficio, sono anche risponsabili l' uno per l' altro (11), quando avrebber potuto impedire le mancanze del colpevole (12), ma quelli che succedono nell' officio non rispondono mai pei loro predecessori (13).

2.° Ogni *universitas* può avere un patrimonio ed una cassa comune (14), come del pari può aver debiti (15).

(3) Talvolta si adopera in questo senso anche la parola *societas*. L. 1. pr. D. *quod cuj. univ. nom.* (3. 4.) L. 22. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 3. § 4. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 31. § 1. D. *de furt.* (47. 2.)

(4) L. 85. D. de V. S. (50. 16.)

(5) L. 1. § 1. D. *quod cuj. univ. nom.* (3. 4.) L. 31. D. *de furt.* (47. 2.)

(6) L. 1. § 1. L. 8. D. cit. L. 9. D. *ratam rem hab.* (46. 8.) L. 3. § 1. D. *colleg.* (47. 22.) *Fest.* p. *Magisterare*: I più moderni quando l' università ha un capo la chiamano *Universitas ordinata*, nel caso contrario *non ordinata*.

(7) L. 2. § 2. L. 8. D. *de admin. rer. ad civ. pert.* (50. 8.) L. 4. D. *de decret. ab ord. fac.* (50. 9.)

(8) L. 8. D. *quod cuj. univ. nom.* (3. 4.) L. 27. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 35 § 1. D. de O. et A. (44. 7.) Nov. 120. c. 6. § 3. Confr. no. 23.

(9) L. 6. L. 9. pr. § 4. 10. D. *de adm. rer. ad civ. pert.* (50. 8.) L. 26. *eod.* (11. 30.

(10) L. 2. D. *quod cuj. univ. nom.* (3. 4.)

(11) L. 2. § 8-10. L. 3. pr. D. *de adm. rer ad. civ. pert.* (50. 8.) L. 11. L. 23. D. *ad munic.* (50. 1.) L. 1. L. 4. C. *quo quisque ord.* (11. 35.)

(12) L. 9. § 8. D. *de admin. rer.* (50. 8.)

(13) L. 3. § 1. L. 9. D. *eod.* L. 23. C. *de decur.* (10. 31.)

(14) L. 1. § 1. D. *quod cuj. un. no.* (3. 4.) L. 25. § 4. D. *de adqu. her.* (29. 2.) L. 7. § 3. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 1. § 22. L. 2. D. *de adqu. poss.* (41. 2.) L. 31. D. *de furt.* (47. 2.) È da notarsi che le *universitates* ebbero per la prima volta da Marc-Aurelio il dritto di manomettere i loro schiavi. L. 1. D. *de manum. serv. ad univ.* (40. 3.)

(15) L. 7. L. 8. D. *quod cuj. un. no.* (3. 4.) L. 27. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

3.° Il subbietto de' dritti e delle obbligazioni di una *universita* la stessa associazione, ed i singoli membri *Sodales*, *Collegiati*, *Co* *rati* (6) non si riguardano neppure come creditori o come obbli per parti (17), e però essi senza un mandato non rappresentano l *niversitas* (18); ma da un' altra parte, allo stesso modo che i terzi si possono fare delle convenzioni con l' *universitas*, ed in generale sono star con la medesima in particolari relazioni di dritto (19).

4.° Ciascun membro dell' *universitas*, quando nel costituirla si sia altramente stabilito, può proporzionalmente prender parte a ti i dritti, benefizi, e vantaggi assicurati ai suoi membri, come alle deliberazioni delle comunità (20); ma è del pari obbligato a stare nella stessa proporzione i servigi imposti ai membri, a pa le contribuzioni o altri pesi (21), anche quando questi abbian rap to ad un oggetto precedente all' entrata nella corporazione, e dal seguimento del quale non possa quindi avere alcuna utilità (22).

5.° Si ritiene come volontà dell' *universitas* da una parte tutt che i capi in forza del loro ufficio fanno per essa (23), dall' altr che è risoluto nelle assemblee de' membri riuniti in conformità regole della fondazione, intorno al che in generale si richiede solo tutti i membri capaci di dare il voto sieno stati invitati all' as blea (24), e che la risoluzione si sia presa con la maggioranza as ta de' voti di coloro che intervennero (25). Ma le risoluzioni non

(16) L. 4. D. *de colleg.* (47. 22.) L. un. C. *de priv. corp.* (11. 14.) L. 5. *commerc.* (4. 63.)

(17) § 6. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 6. § 1. D. *eod.* (1. 8.) L. 10. § 4. D. *jus. voc.* (2. 4.) L. 2. L. 7. § 1. D. *quod cuj. un. no.* (3. 4.) L. 1. § 15. D. *a Trebell.* (36. 1.) L. 1. § 7. D. *de quaestion.* (48. 18.)

(18) L. 8. L. 10. D. *quod. cuj. un. no.* (3. 4.)

(19) L. 9. D. *eod.* L. 1. § 15. D. *ad Sct. Trebell.* (36. 1.)

(20) L. 4. D. *de colleg.* (47. 22.) L. 1. § 1. D. *quod cuj. un. no.* (3. 4.)

(21) L. 1. L. 3. § 15. L. 6. § 3-5. L. 18. D. *de mun.* (50. 4.) L. 18. L. 2 2. D. de V. S. (50. 16.)

(22) *J. G. Bauer.* Diss. de cive novo ad collectam ob debitum civitatis ant obligato. Opus. Lips. 1787. t. 1. nro. 10. Non vi si oppone la L. 23. C. *de* (10. 31.)

(23) L. 5. § 7. 9. D. *de pec. const.* (13. 5.) L. 3. § 2. D. *de adm. rer. a pert.* (50. 8.) L. un. C. *de solut. deb. civ.* (11. 39.) L. 14. D. *ad munic.* (5 L. 97. D. *de cond. et demonstr.* (5. 13.)

(24) L. 2. L. 46. C. *de decurion.* (10. 31.) L. 6. C. *de legation.* (6. 63.)

(25) L. 5. C. *de legation.* (6. 63.) L. 160. § 1. D. de R. J. (50. 17.) L. 19. *mun.* (50. 1.) La prescrizione per l' *ordo decurionum* che almeno 2/3 dovesser presenti per validamente deliberare. L. 2. L. 3. D. *de decret. ab ord. fac.* (50.

bano contener nulla d'illecito o contrario alla legge, altrimenti son nulle (26); dal che segue che gli atti illeciti si debbono imputare solo a coloro che li hanno approvati col loro voto o li hanno eseguiti, ma non si possono imputare alla *universitas* come sua volontà o suo fatto (27).

6.° Possono essere obbietto delle deliberazioni non solo gli affari dell' amministrazione, ma anche gli statuti, la cui formazione è permessa a tutte le *Universitates*, in quanto non si oppongano alle leggi dello Stato (28). In generale non si può stabilire altro limite alle deliberazioni se non questo, che le risoluzioni debbano riguardare qualche cosa, sulla quale apparisca essere interessata l' *Universitas*, e che sotto qualche rapporto sia soggetta alla sua volontà e disposizione. Ma tra queste cose non va compreso il patrimonio e i dritti proprii dei singoli membri, *jura singulorum*, se non in quanto l' *universitas* possa chiedere su tali beni delle contribuzioni o tributi (29); vi si comprende però l' abolizione o il cambiamento de' dritti e vantaggi che i membri solo come tali godono (30), come pure la ripartizione de' beni della comunità, (31), ed anche lo scioglimento stesso dell' associazione.

7.° Finisce l' *universitas*: per la morte, quando non rimane più alcun membro (32); per lo scioglimento volontario; e per l' abolizione (33), nel qual caso son da applicare le regole per l' abolizione delle leggi e de' privilegi. Talvolta anche solo per finzione si ritiene come sciolta una *universitas* (34).

3. L. 4. D. *quod cuj. un. no.* (3. 4.) L. 46. C. *de decur.* (10. 31.) si vuol riguardare come un dritto singolare.

(26) L. 4. *de colleg.* (47. 22.) D. *de decret. ab ord. fac.* (50. 9.)

(27) L. 15. § 1. D. *de dolo* (4. 3.); *Savigny* Sistema vol. II. § 94. Non si oppongono L. 9. § 1. D. *quod met. causa* (4. 2.) e L. 4. D. *de vi et vi arm.* (43. 16.). Ma per verità le Autentiche di Federico contengono in parte principi diversi. *Item nulla communitas*, ed *Item quaecumque Communitas* C. *de episc. et cler.* (1. 3.), come pure capo 4. *de censib.* in VIto (3. 20.); Aurea Bulla c. 15. § 1. 2.; Pace del 1648. tit. 2.; Confr. *C. F. F. Sintenis* Diss. *de delict. et poenis univers.* Servestae 1825. 8.

(28) L. 4. D. *de colleg.* (47. 22.) Cic. de leg. III. 16.

(29) Ne' Comuni l' imposizione de' balzelli comunali avea mestieri dell' approvazione sovrana. L. 10. pr. D. *de publican.* (39. 4.) L. un. C. *de nund.* (4. 61.) L. 10. C. *de vectig.* (4. 62.) L. 1-3. C. *vect. nova inst. non posse* (4. 63.)

(30) *Gaudliz.* l. c. cap. 4.

(31) *Thibaut.* Tratt. civ. nro. 18.

(32) L. 7. § 2. D. *quod cuj. un. no.* (3. 4.)

(33) L. 21. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.)

(34) L. 95. D. *de ususfr.* (7. 1.) L. 8. D. *de usu et ususfr. leg.* (33. 2.)

8.º Come si possa divenir membro di una *universitas*, e come si possa uscirne, dipende dalle regole della istituzione e degli statuti, e non si può intorno a ciò presentar nulla di generale (35).

9.º L'appartenere ad una *universitas* non esclude per sè stesso che alcuno possa aver parte anche in un'altra (36); questo però è proibito per rispetto ai corpi di arti o mestieri (37).

3) *Prospetto storico.*

§. 27. Che lo Stato, il *populus romanus* fosse in ogni tempo considerato come una persona giuridica, se ciò avesse bisogno di pruova, si potrebbe dedurre dal trovarsi fin dai primi tempi il tesoro dello Stato (1), i fondi dello Stato (2), e gli acquisti dello Stato per via di donazioni (3), eredità (4), e per molti altri modi (5). Tra le corporazioni più piccole, le più antiche sembrano le *curiae*, e le *gentes* (5), ed i collegi de' pontefici (7), se pure non furono altrettanto antichi i corpi di artefici, i quali non si possono non riconoscere nelle riunioni di artefici e di musici riguardati da Servio Tullio come particolari Centurie (8). Al tempo della Repubblica vi erano senza dubbio molti corpi

(35) Presso i Romani la partecipazione in molte corporazioni era ereditaria; ed allora non stava nell'arbitrio di ciascuno di uscirne. L. 4. C. Th. *de fabricens.* (10. 22.) L. 17. 31. 32. 35. 36. 41. 43. 50. C. *de decur.* (10. 31.) L. 149. C. Th. eod. (12. 1.) L. 18. C. Th. *de pistor.* (14. 3.) L. 8. C. Th. *de suar.* (14. 4.)

(36) L. 1. § 2. L. 27. pr. D. *ad munic.* (50. 1.)

(37) L. 1. § 2. D. *de colleg.* (47. 22.) Ne' tempi posteriori pare che questo divieto non fu sempre mantenuto L. 2. C. Th. *de navicul.* (13. 5.)

(1) Ciò che dice Plutarco in Poblic. c. 12. e nelle Quaest. Rom. p. 113. (ed. Reiske) non è da intendersi di una istituzione dell' *aerarium populi* fatta da Valerio Poblicola, ma solo in questo senso che Valerio fu il primo che destinò il tempio di Saturno per la conservazione del tesoro, il quale prima di quel tempo custodivasi nelle proprie case dei questori nominati dal re.

(2) *Dion. Hal.* II. 7. III. 1.; *Orosius* V. 18.

(3) *Plin.* H. N. XXIV. 6.; *Gell.* VI. 7.; *Plut.* in Poblic. c. 8. *Plut.* Quaest. Rom. c. 67.

(7) *Gell.* I. 12.

(5) *Liv.* I. 44.; *Dion. Hal.* IV. 15. V. 75.

(6) *Dirksen.* l. c.

(7) I collegi di sacerdoti fornirono il modello per le altre corporazioni, e del pari il nome *Collegium* ebbe origine dalla forma e dal modo come la maggior parte de' collegi sacerdotali si riempivano, vale a dire con la propria scelta.

(8) A Numa Pompilio viene qui attribuita l'istituzione di sette corporazioni di arti. *Plut.* in Numa c. 17.; *Plin.* H. N. XXXIV. 1. XXXV. 12. Che la costituzione di

di persone esercitanti un' arte o mestiere (9); ma la maggior parte de' privilegi (10), del pari che il diritto di successione della più parte di tali comunità non ebbero origine che al tempo degl' imperadori (11). Le tribù di Servio Tullio furono senza dubbio fin dal principio considerate come persone giuridiche (12), e lo stesso è a dire de' Municipi e delle Colonie Romane, testochè furono istituite. Per contrario se si vuol sapere quando la Curia nella città fu riconosciuta come una speciale persona giuridica non si può altro dire, se non che questo avea già luogo a' tempi de' giureconsulti classici (13). La medesima incertezza vi è intorno al sapere quando la prima volta i Tempi furono elevati a persone giuridiche, il che forse non avvenne che sotto gl' imperadori (14). Le Chiese cristiane, e le Comunità religiose fin da' tempi di Costantino furono dichiarate persone giuridiche (15), e le più recenti fra tutte le persone giuridiche furono gli Stabilimenti pii (16). Per quel che riguarda la formazione di unioni permanenti, di Corpi o Comunità *Sodalitia*, *Sodalitates*, *Decuriae* per uno scopo sociale, e religioso, o altro (17), che dovetter cominciare verso l' anno di Roma 550 (18), que-

Servio Tullio comprese anche i corpi d' artefici è dimostrato da *Floro* Hist. Rom. I. 6. e le leggi delle XII. Tav. presupponevano le medesime corporazioni L. 4. D. *de colleg.* (47. 22.) Confr. *T. H. Mommsen. de colleg.* c. 2.

(9) *Ascon.* ad Or. pro C. Cornelio p. 75. ed. Orelli; *Sueton.* in Caes. c. 42. in Octav. c. 32.

(10) *Lamprid.* in Alex. Sev. c. 33.; L. 17. § 2. 3. L. 41. § 3. D. *de excus.* (27. 1.) L. 1. 2. C. *de decurial. urb. Rom.* (11. 13.) L. un. C. *de privil. corp. urb. Rom.* (11. 14.) L. 1. 2. C. *de suar.* (11. 16.) L. 1. 3. C. *de her. decur.* (6. 62.)

(11) V. § 26. no. 35.

(12) Ciò non si può affermare delle Centurie, e molto meno delle classi.

(13) L. 7. § 2. D. *quod cuj. un. no.* (3. 4.) L. 22. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(14) *Ulp.* XXII. 6.; L. 20. § 1. *de ann. leg.* (33. 1.) Per verità Varrone de L. L. VII. (VIII.) 41, e Cicerone divin. in Q. Caecil. c. 17. di già parlano di schiavi e di liberti de' tempj, ma il patrimonio che i tempj ed i collegi sacerdotali possedevano, si riteneva ne' tempi antichi come patrimonio dello Stato, che ad essi veniva semplicemente assegnato. *Mommsen de colleg.* p. 38. segg.

(15) *Euseb.* Hist. Eccl. X. 5.; L. 4. C. Th. *de episc.* (16. 2.)

(16) Giustiniano il primo ha propriamente riconosciuto gli stabilimenti pii come persone giuridiche nella L. 19. L. 22. C. *de sacros. eccl.* (1. 2.)

(17) L. 3. § 4. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 25. § 4. D. *de adq. her.* (29. 2.) *G. H. Mommsen.* de colleg. et sodal. c. 1. e 3. *Massman.* libellus aurarius p. 76. seg. ci dà un' indicazione delle molte corporazioni che esistevano.

(18) *Cic.* de senect. c. 13. fa dire al vecchio Catone Censorio che i primi *Sodalitia* si erano istituiti durante la sua questura. Ma siccome Catone nell' anno di R. 559. già era console. (*Liv.* XXXIII. 42. Cic. in Bruto c. 15.), così la sua questura dee ricadere nel tempo intorno all' anno di R. 550. Nondimeno già prima di questo tempo esistevano

sta formazione da prima non fu soggetta ad alcuna speciale limitazione, dal che però non si può dedurre che furono anche attribuiti loro i diritti di persone giuridiche. Ma siccome indi a poco ne derivarono gli scandalosi misteri di Bacco (19), così nell' anno 566 di R. fu la prima volta col senato consulto *de Bacchanalibus* vietato lo stabilimento di associazioni religiose senza il permesso dell' autorità (20), e nell' anno 680 un decreto del senato estese il divieto a tutti i *sodalitia* ad eccezione solo di alcuni pochi, perchè questi nelle civili agitazioni eran divenuti il focolare di tutte le trame demagogiche ed esercitavano una dannosa influenza politica (21). Appunto per questo fine il Tribuno Clodio nell' anno 695 di R. procurò non solo il ristabilimento degli antichi *sodalitia* ma anche l'approvazione di una moltitudine di nuove associazioni e Club (22), ma ben presto nel 697 il senato ne decretò di nuovo lo scioglimento, e minacciò una pena contro i loro membri (23); al quale oggetto una *Lex Licinia* nell'anno di R. 700, almeno pel caso dell' *Ambitus* commesso col favore de' *sodalitia*, venne a determinarne più particolarmente il procedimento penale (24). Così rimasero sempre le cose (25), ma di tempo in tempo malgrado il divieto venivano su delle nuove corporazioni non approvate, cosicchè Cesare dovè di nuovo sopprimerle (26), ed il simigliante fece anche Augusto (27). Più tardi si ricadde spesse volte in questa necessità, specialmente per le associazioni religiose. Strane apparizioni furono le due compagnie nate dalle fazioni del circo e tollerate dagl' imperadori, le quali si di-

alcuni *sodalitia* religiosi, come quelli de' *Sodales Titii Tac.* Ann. I. 54. Hist. II. 95.; L. 4. D. *de colleg.* (47. 22.)

(19) *Liv.* XXXIX. 8. seg.

(20) *Hauboldi* Monum. legal. p. 5-7. Il più antico divieto delle riunioni per effetto di una *Lex Gabinia* (*Porcius Latro* Declamat. in Catilin. c. 19. Liv. XXXIX. 15.) pare che riguardasse solo le riunioni popolari senza pubblica autorità.

(21) *Ascon.* ad Cic. in Pis. c. 4. ad Or. pro C. Corn. p. 137. ed. *Hotomani*, p. 75. ed. Orelli; L. 1. § 1. D. *de colleg.* (47. 22.)

(22) *Cic.* in Pis. c. 4.; *Ascon.* ad h. l. Cic. pro Sext. c. 25. 56.; *Dio Cass.* XXXVIII. p. 66.

(23) *Cic.* ad Quint. fr. II. 3.

(24) *Cic.* pro Planc. c. 3. 8. 15-19. *Schol. Bobiens.* p. 261.; *Dio. Cass.* XXXIX. 37.; *Mommsen de colleg.* c. 3. § 7. 9.

(25) L. 1. pr. D. *quod cuj. un. nom.* (3. 4.) L. 20. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 1. D. *de manum. serv. ad univ.* (40. 3.) L. 1-3. D. *de coll.* (47. 22.) Nondimeno il particolare procedimento penale pare che ben presto andasse in disuso.

(26) *Sueton.* in Caes. c. 42.; *Josephus* Antiq. Jud. XIV. 17.

(27) *Sueton. in Octav.* c. 32.

stinguevano in cilestri e verdi, *Veneti* e *Prasini*, e che trapiantate da Roma in Costantinopoli, sotto Giustiniano per le loro violente inimicizie posero in pericolo lo Stato (28).

CAPITOLO TERZO

DELLE AZIONI ED OMISSIONI NEL RAPPORTO GIURIDICO.

I. NOZIONE E SPECIE.

§. 25. Le azioni consistono nella spontanea attuazione del nostro fisico potere; e le omissioni nella non attuazione del medesimo, quando eravamo in istato di poterlo attuare. Nondimeno l' omissione in senso più ampio si annovera anche tra le azioni (1) in quanto si riguarda come emanazione della volontà, ed al presente anche le determinazioni della volontà, e le risoluzioni si sogliono indicare come atti interni. La distinzione di azioni *possibili* ed *impossibili*, che frequentemente si prende in considerazione (2), dipende solo da ciò se un determinato effetto possa secondo le leggi fisiche conseguirsi dall' attività umana o no. Se alle azioni ed omissioni non è attaccato alcun effetto giuridico, allora si dicono *giuridicamente indifferenti*, *actus merae facultatis*. Tra quelle che producono delle conseguenze giuridiche sono da notare come specie principali: 1) Le azioni illecite, *facta illicita* s. *maleficia*, le quali si fanno in opposizione diretta o indiretta con le prescrizioni della legge (3), e che si sogliono anche chiamare azioni *giuridicamente impossibili* (4), e 2) Gli atti giuridici o negozi civili, *actus legitimi* (5), *negotia* (6), cioè tutte le azioni che noi facciamo con lo scopo di dichiarare o stabilire la nostra volontà in rapporto alla formazione, modificazione, o estinzione de' dritti e delle relazioni giuridiche.

(28) *Procop*. de bello Per. I. 24; Histor. Arcana c. 7.; *Gibbon* History chap. 40.

(1) L. 189. D. *de* V. S. (50. 16.) L. 121. D. *de* R. J. (50. 17.) L. 91. pr. D. *de* V. O. (45. 1.) L. 1. pr. D. *de tut. act.* (27. 3.)

(2) L. 31. L. 135. L. 185. D. *de* R. J. (50. 17.)

(3) V. § 46.

(4) Secondo che Papiniano si esprime nella L. 15. D. *de cond. inst.* (28. 7.) « ... quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est ».

(5) L. 21. C. *de heret.* (1. 5.) L. 77. D. *de* R. J. (50. 17.)

(6) Anche gli affari in generale si chiamano spesso *negotia*.

II. DELLA DETERMINAZIONE DELLA VOLONTA'.

1) *In generale.*

§. 29 La sola risoluzione e volontà, anche quando sia manifestata non si può mai prendere o trattare come il fatto medesimo (1), quantunque in parecchi rapporti vi si abbia interamente riguardo (2). D' altra parte si reputa azione umana solo quella che è effetto ed emanazione della volontà (3), e questo anche presuppone che la legge riconosca per volontà effettiva la determinazione dell' agente, il che non sempre avviene. Non solo non si riconosce volontà, quando l'agente nel momento dell' azione si trovò in uno stato che escludeva il libero uso della ragione (4), ma ci ha ancora alcune classi di persone, delle quali altre assolutamente, ed altre almeno relativamente in certi determinati rapporti si ritengono come prive di volontà e per conseguente incapaci di negozi civili.

1.° Assolutamente incapaci sono: i dementi, eccetto ne' lucidi intervalli, quando questi si possano riconoscere con sicurezza (5), ed i fanciulli al di sotto di sette anni (7).

2.° A quelli che solo relativamente son privi di volontà appartengono: 1) Gl' impuberi in senso stretto, intorno agli atti giuridici de'quali son da fare parecchie distinzioni (7), ed interno agli atti illeciti dei

(1) L. 18. D. *de poenis* (48. 19.) « Cogitationis poenam nemo patitur » L. 225. D. de V. S. (56. 16.). Non si oppone la L. 14. D. ad leg. Corn. de sicar. (48. 8.)

(2) § 5. 12. 13. J. *de suspect. tut.* (1. 26) L. 3. § 8. 12. L. 8. D. *eod.* (26. 10.) L. 2. C. *uti pupilli* (5. 49.) L. 17. D. *de adopt.* (1. 7.)

(3) L. 32. § 4. D. ad L. Aquil. (9. 2.). Non si oppone la L. 2. D. *de leg.* (1. 3.) « Lex est coercitio eorum quae *sponte* vel *involuntarie* delinquuntur ». dove si accenna solo alla distinzione del *dolus* e della *culpa*.

(4) L. 17. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 12. pr. D. *de custod. reor.* (48. 3.) L. 11. § 2. D. *de poen.* (48. 19.) L. 6. § 7. D. *de re. mil.* (49. 16.) L. 48. D. *de* R. J. (50. 17.) L. un. C. *si quis imperat. maled.* (9. 7.)

(5) § 8. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 5. § 2. D. ad L. Aquil. (9. 2.) L. ult. D. *de adm. tut.* (6. 7.) L. 20. § 4. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 1. § 3. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 3. § 1. 2. D. *de injur.* (47. 10.) L. 12. D. ad. L. Corn. *de sicar.* (48. 8.) L. 9. § 2. D. ad L. Pomp. *de parric.* (48. 9.) L. 5. L. 40. D. *de* R. J. (50. 17.) L. 2. C. *de contr. empt.* (4. 38.) L. 9. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.) L. 6. C. *de cur. fur.* (5. 70.)

(6) § 10. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 5. § 2. D. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 12. D. ad L. Corn. *de sicar.* (48. 8.). Le sole eccezioni si conteugono nella L. 32. § 2. D. *de* adq. poss. (41. 2.) L. 3. C. *eod.* (7. 32.)

(7) § 1. J. *de auct. tut.* (1. 26.) § 9. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 141. § 2. D. *de*

quali è da vedere se sieno capaci di una volontà criminosa, *doli capaces* o pur no (8), il che si decide principalmente dalla circostanza di essere ancor prossimi all'infanzia, *infantiae proximi*, o di essersi avvicinati alla pubertà, *pubertati proximi* (9); 2) Coloro che son dichiarati prodighi, i quali relativamente a tutti gli affari, che riguardano il patrimonio, si ritengono come privi di volontà (10); e 3) I sordi muti i quali, se non altro, non possono far disposizioni di ultima volontà (11).

2) *Vizi della volontà.*

A. *Errore* (*)

§ 30. Siccome non si può ritenere per volontà perfetta se non quella determinazione della volontà che è presa liberamente e non è fondata sopra falsi concetti delle cose, così quando gli atti hanno avuto origine da un errore (1) sono certamente difettosi; e per errore s'intende non solo l'ignoranza, ma anche la falsa cognizione o la non esatta idea de' fatti, ed in generale, di ciò che si tratta. Se l'errore riguarda le disposizioni del dritto le quali si sarebber dovuto osservare, chiamasi errore di dritto, *error et ignorantia juris*, se riguarda altre circostanze o avvenimenti, appellasi errore di fatto, *error et ignorantia facti* (2). L'effetto di cosiffatto vizio si manifesta talora nell'intera nullità dell'atto erroneo, e talora solo in ciò, che alcuno allegando l'errore può evitare le dannose conseguenze del suo modo di procedere. Tal-

V. O. (45. 1.) § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 41. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 13. § 1. D. *eod.* L. 3. pr. D. *commod.* (13. 6.) L. 5. D. *de auct. tut.* (26. 8) L. 4. § 4. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 43. D. *de* O. et A. (44. 7.) § 1. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.)

(8) L. 23. D. *de furt.* (47. 2.) L. 3. § 1. D. *de injur.* (47. 10.) L. 5. D. § 2. ad L. Aquil. (9. 2.)

(9) § 18. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.) L. 13. § 1. D. *de dolo* (4. 3.) L. 111. D. *de* R. J. (50. 17.) Sopra la diversa intelligenza di questo principio confr. *Dirksen* nel Museo Renano V. I. p. 316. seg.; *Gensler* nell'archivio per la prat. civ. vol. IV. nro. 18.; *Donelli Comm. jur. civ.* 1. 22.; *Vinnius* ad § 10. J. *de inut. stip.* (3. 19.)

(10) L. 27. pr. D. *de minor.* (4. 4.) L. 12. § 2. D. *de tutor. et cur. dat.* (26. 5.) L. 1. pr. L. 10. L. 15. D. *de cur. fur.* (27. 10.) L. 6. D. *de* V. O. (45. 1.) L. 40. D. *de* R. J. (50. 17.); *Pauli* S. R. III. 4. § 7.

(11) L. 6. § 1. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 10. C. *eod.* (10. 22.)

(*) Mulenbruch nell' Arch. per la prat. civ. v. II. No. 35; *Savigny* Sistema vol. III. Ag. VIII.

(1) L. 15. D. *de jurisd.* (2. 1.) L. 2. pr. D. *de jud.* (5. 1.)

(2) L. 1. D. *de jur. et fac. ign.* (22. 6.)

volta anche gli atti di un altro si possono impugnare a cagione del suo errore (3); ma per ordinario solo nelle proprie azioni ed omissioni si può allegare l'errore, ed in questo rapporto vale la regola che:

1.° l'errore di fatto può sempre allegarsi (4), in quanto esso sembri scusabile (5);

2.° per contrario si può ricorrere all'errore di dritto sol quando 1) si tratta di evitare una perdita o un danno positivo, (*error juris non nocet damnum vitantibus et suum petentibus*) (6), quantunque anche ciò sia soggetto a parecchie eccezioni (7), e si richieda eziandio che non si sia inconsideratamente trascurato di procurarsi la notizia del dritto (8); ma 2) non si può mai invocare quando si cerca di fare un acquisto o guadagno (*error juris non prodest lucrum captantibus et acquirere volentibus*) (9). In questo però alcune persone godono di un favore speciale (10); massimo è il favore de' minori, ai quali è sempre permesso di allegare l'errore di dritto (11), 3) minore è quello delle donne di età maggiore (12). Veramente per un tempo si tenne il sistema di assomigliarle ai minori (13), ma l'Imperadore Leone limitò questo privilegio ad alcuni casi determinati dalla legge (14). 4)

(3) p. es. Le disposizioni di ultima volontà a cagione dell'errore del testatore L. 9. L. 92. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 4. C. *eod.* (6. 24.) § 4. 7. J. *de leg.* (2. 20.)

(4) L. 2. L. 8. L. 9. pr. D. *de jur. et fac. ign.* (22. 6.)

(5) L. 8. § 1. L. 6. L. 9. § 2. D. *eod.* L. 5. § 1. D. *pro suo* (41. 10.)

(6) L. 7. L. 8. D. *eod.* L. 9. C. *ad Sct. Vellej.* (4. 29.)

(7) L. 11. § 4. C. *de his qui not.* (3. 2.) L. 15. pr. D. ad L. Corn. de fals. (48. 10.) L. 3. pr. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 16. § 5. D. *de public.* (39. 4.) L. 48. pr. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 9. § 5. *de jur. et fact. ign.* (22. 6.) L. 2. C. *de fideic.* (6. 42.) L. 9. C. ad L. Falc. (6. 50.) § 25. J. *de leg.* (2. 20.)

(8) L. 9. § 3. D. *de jur. et f. ign.* (22. 6.) L. 10. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 2. § 5. D. *quis ordo* (38. 15.)

(9) L. 7. L. 8. D. *de j. et f. ign.* (22. 6.). Ne contengono delle applicazioni la L. 4. D. *eod.* L. 31. pr. L. 32. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 2. § 15. D. *pro empt.* (41. 4.) L. 4. C. *de cess. bon.* (7. 71.) L. 1. § 1. D. *de j. et f. ign.* (22. 6.) L. 10. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 6. C. *qui admit. ad bon. p. poss.* (6. 9.) L. 11. C. *qui pet. tut.* (5. 31.) L. 6. C. *ad Sct. Tertull.* (6. 56.) L. 10. C. *de legit. her.* (6. 58.) L. 2. C. *de j. et f. ign.* (1. 18.)

(10) *Hufeland* Tratt. V. I. no. 5.

(11) L. 9. pr. D. *eod.* L. 2. L. 11. C. *eod.* L. 8. C. *de in int. rest. min.* (2. 22.) L. 2. C. *si advers. solut.* (2. 33.)

(12) L. 8. L. 9. pr. D. *de j. et f. ign.* (22. 6.) L. 11. C. *eod.* L. 6. C. *qui adm. ad bon. p. poss.* (6. 9.)

(13) L. 3. C. *Th. de in int. rest.* (2. 16.)

(14) L. 13. C. *de jur. et fact. ign.* (1. 18.). Quindi anche nella L. 3. C. Th. *de in int. rest.* (2. 16.) ricevuta nel codice come L. 8. *de in int. rest. min.* (2. 22.) si è

In quanto medesimo senso ristretto sono anche privilegiati i soldati (15), qualunque l' ignoranza del dritto sia in essi quasi lodata (1); ed il medesimo vale finalmente (16) per tutte le persone rozze e semplici, *homines rustici et simplices* (17), alle quali segnatamente si perdonano i falli provenuti dall' ignoranza del dritto, quando però la loro azione non ripugni al naturale sentimento del dritto (18).

B. Dolo e violenza (*).

§ 31. Nel caso di dolo, *dolus* s. *fraus*, s. *fallacia* si applicano all'errore principi speciali. Havvi dolo quando alcuno avvisatamente induce altri in errore, o almeno scientemente se ne giova in danno di chi è caduto nell' errore, (1), il che per altro in alcune circostanze può esser permesso, per la qual ragione si distingue il *dolus bonus*, ed il *dolus malus*, dolo lecito, ed illecito (2). In generale la persona ingannata è più protetta che chi semplicemente è in errore, giacchè ordinariamente se le apprestano più vie per evitare il danno; e segnatamente ella può sempre richiedere la riparazione del danno dall' ingannatore; ma a ciò si vuol pure aggiugnere che il dolo non produce nullità degli atti giuridici, se non in quanto lo ingannato, senza far prendere in considerazione il dolo, si fondi interamente sul suo errore. — Nella stessa guisa si procede per la violenza, quando alcuno per l'uso della forza, o per minacce, *per vim et metum* è stato indotto a volere o fare ciò che egli altrimenti o in tutto non avrebbe voluto, o pure non avrebbe voluto a quel mo-

tralasciato di far menzione delle donne. I casi in cui le donne son privilegiate s' incontrano nella L. 8. § 2. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.) L. 1. § 5. D. *de ed.* (2. 13.) L. 2. § 1. D. *de inspic. ventre* (25. 4.) L. 38. § 2. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.) L. 15. § 5. D. ad L. *Corn. de fals.* (48. 10.) L. 2. § 7. D. *de jur. fisci* (49. 14.)

(15) L. 9. § 1. D. *de j. et f. ign.* (22. 6.) L. 1. C. *eod.* (1. 18.) L. 22. pr. § 15. C. *de jure delib.* (6. 30.) L. 5. C. *de his qui sibi adscrib.* (9. 23.)

(16) pr. I. *de mil. test.* (2. 11.) L. 1. pr. D. *eod.* (29. 1.) L. 2. C. *eod.* (6. 21.)

(17) L. 7. § 4. D. *de jurisd.* (2. 1.) L. 2. § 1. D. *si quis in jus. voc.* (2. 5.) L. 1. § 5. D. *de ed.* (2. 13.) L. 3. § 21. 22. D. *de Scto. Silan.* (29. 5.) L. 2. § 7. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 1. C. *de interd. matrim.* (5. 6.) L. 8. C. *qui adm. ad bon. p. poss.* (6. 9.)

(18) L. 2. C. *de in jus. voc.* (2. 2.)

(*) Il mio trattato sulla restituzione nello stato primiero § 18.).

(1) L. 1. § 2. D. *de dolo* (4. 3.) L. 7. § 9. 10. D. *de pact.* (2. 14.) L. 43. § 2. L. 66. § 1. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 11. § 5. L. 49. pr. D. *de* A. E. V. (19. 1.)

(2) L. 1. § 3. D. *de dolo* (4. 3.) La nozione del *dolus bonus* non coincide con quella della *pia fraus*, giacchè qui la *pietas* sta solo nello scopo di chi inganna, ma il fine buono non basta per se solo a rendere lecito l' inganno.

dó (3). Qui anche la volontà del costretto è stata operativa, giacchè essa si è risoluta di far piuttosto quello che da lei si richiedeva, che di esporsi al male minacciato (4); non pertanto la risoluzione non è libera, e però la volontà è difettosa (5), supponendo però che la violenza sia stata tale da incutere ragionevolmente un serio timore, *metus qui cadit in virum constantem* (6), e che non vi sia stato alcun dritto particolare ad esercitare la violenza (7). La violenza illecita presenta nell' essenza i medesimi effetti che il dolo, solo in alcuni rapporti si provvede meglio a chi ha patito la violenza che all' ingannato (8).

III. DE' NEGOZI CIVILI.

1) *Divisioni.*

§. 32. Tutti i negozi civili si distinguono in due specie principali: *atti unilaterali*, ne' quali una sola parte interviene e dichiara la sua volontà (1), e *bilaterali* o convenzioni, *conventiones s. pacta*, la cui natura sta in ciò che due o più persone concorrono a manifestare il loro accordo di volontà, *Consensus*, sulla formazione, modificazione o estinzione de' dritti e delle relazioni di dritto (2). Si distinguono anche i negozi civili: 1) In principali ed accessorii, secondochè possono sussistere da se, ovvero presuppongono un altro negozio, al quale si riferiscono per aggiungervi o modificarvi qualche cosa (3). 2) *In negotia civilia e naturalia*, de' quali i primi per sè stessi o almeno per la loro forma appartengono propriamente al dritto romano, ed i secondi al contrario sono stati presi senza verun cambiamento dal dritto delle

(3) L. 1. D. *quod met. causa* (4. 2.)

(4) L. 21. § 5. D. *eod.*

(5) L. 28. D. *de adq. hered.* (29. 2.) L. 9. pr. L. 17. pr. D. *qui et a quib. manum.* (40. 9.) L. 5. pr. D. ad L. Jul. *de vi publ.* (48. 6.) L. 116. pr. D. *de* R. J. (50. 17.)

(6) L. 2-8. L. 21. pr. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 184. D. de R. J. (50. 17.) L. 6. 8. 9. 10. C. *de his quae vi.* (2. 20.)

(7) L. 3. § 1. D. *quod met. caus.* (4. 2.) L. 21. L. 22. D. *de rit. nupt.* (23. 2.) L. 4. L. 13. § 4. D. *ad Sct. Treb.* (30. 1.)

(8) L. 9. § 1. 5. 8. D. *q. m. c.* (4. 3.) L. 4. § 33. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(1) Non altera per nulla la nozione del negozio civile che altri vi sia intervenuto semplicemente come persona accessoria, p. es. i testimoni, o i procuratori.

(2) L. 1. § 2. D. *de pact.* (2. 14.) L. 55. d. *de* O. et A. (44. 7.). Quando le convenzioni si dividono anche in unilaterali e bilaterali, questa divisione prende origine da una ragione al tutto differente.

(3) L. 72. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 7. § 5. D. *de pact.* (2. 14.) L. 3. § 2. L. 14. pr. D. *de jure cod.* (29. 7.)

genti 3). *In negotia publica* e *privata*, la qual distinzione mira principalmente a ciò, se lo Stato sia subbietto attivo, come nelle conclusioni di pace e nelle alleanze, ovvero solo persone private sian parti nell' affare (5), quantunque anche gli affari della seconda specie sogliano talvolta addimandarsi *negotia publica*, quando a cagione della forma sono stati intrapresi innanzi a pubblici ufiziali (6). Le particolari determinazioni de' negozi civili son dette comunemente *conditiones o leges*.

2) *Requisiti* :

A. In generale.

§ 33 In generale si possono distinguere tre elementi costitutivi dei negozi civili : *necessari*, *naturali*, *ed accidentali* : ESSENTIALIA, NATURALIA, ET ACCIDENTALIA *negotii*, cioè: 1) I requisiti essenziali, 2) Tutto ciò che in un negozio legalmente s' intende per se stesso, *quod tacite inest negotio*, quando non sia dalle parti stabilito il contrario, e 3) Ciò che solo in seguito di una speciale disposizione delle parti si trova in un negozio. Ogni negozio civile ha certamente i suoi propri requisiti, ma in generale si possono stabilire i seguenti :

1.° Le parti debbono esser capaci di volontà (1), e non escluse specialmente da un dato affare.

2.° La volontà debb' esser seria (3), e però gli affari conclusi solamente per apparenza, *negotia simulata* non hanno alcun effetto (4), nè valgono per se stessi, nè hanno alcuna influenza per un vero affare che siasi per avventura mascherato sotto le apparenze di un negozio simulato, cosicchè non è altro a vedere che se l' affare, il quale veramente si è avuto in animo di fare, sia per sè stesso va-

(4) L. 5. 6. 7. D. *de pact.* (2. 14.)

(5) L. 5. D. *eod.*

(6) L. 23. C. *ad Sct. Vellej* (4. 29.) L. 18. 19. C. *de testam.* (6. 23.) L. 11. C. *qui potior.* (8. 18.) Nov. 73. c. 1.

(1) V. § 29.

(2) L. 46. L. 62. pr. D. *de contr. empt.* (8. 1.) L. 6. C. *de jud.* (1. 9.)

(3) L. 55. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 30. D. *de rit. nupt.* (23. 2) L. 12. D. *de aqua et aq. pluv.* (29. 3.) L. 3. § 2. D. *de* O. et A. (44. 7.)

(4) Si può in certo modo riguardare come eccezione quando un negozio simulato o apparente è necessario per la forma, come il giudizio finto, per le *legis actiones* § 36. Anche gli Dei doveano talvolta contentarsi dell' apparenza. *Servius* ad Aen. v. 116. « Sciendum est in sacris simulata pro veris accipi; unde cum de animalibus quae difficile inveniuntur est sacrificandum, de pane vel cera fiunt, et pro veris accipiuntur ».

lido o no, *plus valet quod agitur, quam quod simulate conficitur* (5).

3.° L'affare non debb'avere uno scopo illecito ed immorale, nè ledere i dritti altrui, e non dee contener *nil contra leges et jus publicum et bonos mores* (6), *et contra jus tertii* (7), ancora non dee contravvenire ai precetti assoluti del dritto (8).

4.° La materia dell' affare dev' esser capace della disposizione che ne vien fatta (9), e debb' esser sufficientemente indicata, affinchè possa riconoscersi e determinarsi con sicurezza (10).

5.° La volontà debb' esser dichiarata in modo convenevole (11).

6.° Finalmente bisogna che l' affare sia compiuto e perfetto (12), quantunque vi sieno pure de' casi, in cui si tien conto anche di un affare imperfetto (13).

B. Per rispetto alla dichiarazione della volontà

a) Principi generali.

§ 34. Ordinariamente ne' negozi civili la volontà si dichiara espressamente, cioè per via di parole o scritte o pronunciate a viva voce, *verbis vel litteris*. Non pertanto in molti affari è ammessa una manifestazione di volontà tacita, cioè per via di segni di qualsivoglia specie, quando questi segni sono abbastanza determinati ed intelligibili (1).

(5) L. 54. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 1-5. C. *plus val. q. ag.* (4. 22.) L. 17. C. *ad Sct. Vell.* (4. 29.) L. 9. C. *de contr. empt.* (4. 38.) L. 8. C. *si quis alteri vel sibi* (4. 50.) C. *Klien. Pr. de negotiis simulatis.* Vitch. 1807. 4.

(6) L. 38. L. 42. D. *De pact.* (2. 14.) L. 14. L. 15. D. *de cond. ind.* (28. 7.) L. 77. § 3. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 15. § 1. D. ad. L. Falc. (35. 2.) L. 27. L. 45. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 6. C. *de pact.* (2. 3.) L. 13. C. *de testam.* (6. 23.) Consult. vet. Icti. § IV.

(7) L. 3. pr. D. *de transact.* (2. 15.) L. 1. L. 7. D. *de pact. dotal.* (23. 4.) L. 2. L. 5. C. *inter al. acta* (7. 66.)

(8) L. 12. § 1. D. *de pact. dot.* (23. 4.) L. 60. D. *de pact.* (2. 14.)

(9) § 2. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 6. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 37. D. *de lib. causa* (40. 12.)

(10) L. 75. § 1. 2. L. 94. D. de V. O. (45. 1.)

(11) V. § 34.

(12) L. 25. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 9. C. *cod.* 6. 22.

(13) L. 26. C. *famil. hercisc.* (3. 36.)

(1) L. 2. L. 4. D. *de pact.* (2. 14.) L. 20. L. 93. § 1. 2. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 21. pr. D. *de legat.* III. (32.) L. 52. § 15. D. de O. et A. (44. 7.) L. 22. C. *de fideic.* (6. 42.)

Talvolta anche si finge (2), o almeno si presume (3) una certa manifestazione di volontà, quantunque o affatto non vi sia, o non sia in questo senso, e per effetto di una tale supposizione legale in certe circostanze anche dal silenzio, dal quale non si può altramente nulla inferire (4), si deduce una determinata intenzione con effetto obbligatorio (5). Nella manifestazione espressa di volontà per regola è indifferente di quale lingua si sia fatto uso (6), come del pari, se le persone o le cose si sieno nominate coi lor propri nomi, o si sieno altramente indicate, *demonstrationes* (7). La determinazione del contenuto dell' affare si può commettere all' arbitrio di un altro, non già in tutto, ma solo per quei punti, che dallo scopo di ciò che è di già determinato si possono dedurre (8), e ciò anche vale solamente quando colui che dee decidere possa e voglia compiere quel che manca (9), e la determinazione da farsi, non sia lasciata al suo puro arbitrio (10), ma alla sua giusta ed equa estimazione, *arbitrium boni viri* (11). Al contrario si concede per lo più di far uso di procuratori, per mezzo de' quali alcuno consente che si dichiari la sua volontà e si conchiuda l'affare (12); sebbene ci

(2) p. es. un contratto di pegno in materia di ipoteche legali, le quali per questo si chiamano anche *pignora tacite contracta*. L. 4. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 3. L. 4. pr. L. 6. L. 7. pr. D. *in quib. caus. pignus tacite contrah.* (20. 2.)

(3) L. 2. § 1. D. *de pact.* (2. 14.) L. 4. § 1. L. 8. § 6. L. 12. pr. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 11. D. *de ritu nupt.* (23. 2.)

(4) L. 142. D. de R. J. (50. 17.) L. 8. § 1. D. *de proc.* (3. 6.)

(5) L. 16. C. *ad. Sct. Maced.* (14. 6.) L. 6. § 2. L. 18. D. *mandati* (17. 1.) L. 12. D. *de evict.* (21. 2.) L. 7. § 1. L. 12. pr. D. *de sponsal.* (23. 1.) L. 38. § 1. D. *de donat. int.* v. et u. (24. 1.) L. 2. § 2. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 60. D. *de* R. J. (50. 17.) L. 56. *de nupt.* (5. 4.)

(6) L. 1. § 6. D. *de* V. O. (45. 1) L. 21. § 4. 6. *de test.* (6. 23.) L. 12. C. *de sent. et interl.* (7. 45.) *Dirksen* diss. civil. v. 1. no. 1.

(7) § 30. J. *de leg.* (2. 20.) L. 6. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 34. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) *J. Averranii* Interpret. V. 13. segg.

(8) § 1. J. *de empt. vend.* (3. 24.) L. 7. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 15. C. *eod.* (4. 38.) L. 6. L. 75. 80. D. *pro soc.* (17. 2.) L. 25. pr. D. *locati* (19. 2.) § 27. J. *de leg.* (2. 20.) L. 32. pr. L. 68. D. *de hered. inst.* (28. 5.) L. 43. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. § 1. D. *de leg* II. (31.) L. 52. D. *de cond.* (35. 1.)

(9) L. 75. D. *pro soc.* (17. 2.) L. 25. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 43. L. 44. D. *de* V. O. (45. 1.) L. 15. C. *de contr. empt.* (4. 38.)

(10) L. 25. pr. D. *locati* (19. 2.)

(11) L. 6. L. 76-80. D. *pro soc.* (17. 2.) L. 7. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 24. pr. L. 25. pr. D. *loc.* (19. 2.) L. 75. pr. D. *de leg.* I. (30.) L. 1. § 1. D. *de leg.* II. (31.) L. 46. § 3. D. *de fideic. lib.* (40. 5.) L. 22. § 1. D. de R. J. (50. 17.) L. 3. C. *de dot. promis.* (5. 11.)

(12) L. 2. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 31. pr. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 13. § 25. D. *de act. empti.* (19. 1.)

sieno degli affari, ne' quali ciascuno dee assolutamente trattare da sè (13), spezialmente nel dritto romano antico (14); ma anche quando si ammettono procuratori, gli effetti non son sempre interamente i medesimi che quando alcuno abbia egli stesso trattato (15). In generale nei negozi non si richiedono necessariamente forme speciali, *solemnia negotiorum*, ma pure in molti casi si debbono osservar certe forme particolari (16). Gli antichi Romani mettevano molta importanza nelle forme, giacchè anche presso i Romani si verificò quel fenomeno generale, che i popoli di un basso grado di coltura mettono ordinariamente gran peso nelle forme, per rendere gli affari evidenti e palpabili; perciocchè per l' uomo non ancora incivilito la nuda espressione della volontà è troppo astratta. Col progresso della civiltà molte delle antiche cerimonie ed usanze dei negozi civili furono come cosa incomoda, o in tutto dismesse o rendute più semplici (17). Non pertanto parecchie forme a cagione della loro utilità si son conservate, anzi alcune furono anche più tardi introdotte. Alle forme più usitate che si trovano, quantunque di molto diversa maniera, appartengono il trattare un negozio innanzi a pubblici uffiziali, e l' intervento di testimoni, i quali anticamente si solevano invitare a prestare attenzione all' atto, tirando loro l' orecchio, il che dicevasi *antestari* s. *contestari* (18). La più parte delle formalità che si trovano nel dritto romano riguardano solo alcuni determinati affari; ma ce ne ha un paio che ebbe, o ha tuttora un' applicazione assai estesa, e quindi è utile che qui se ne faccia parola.

(13) L. 42. pr. D. *de proc.* (3. 3.) L. 25. § 1. D. *de adopt.* (1. 7.) L. 90. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 54. pr. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(14) *Cai.* II. 95. IV. 82. L. 123. pr. D. de R. J. (50. 17.)

(15) L. 7. C. *de usur. fur.* (5. 70.)

(16) *B. Brissonius* de formulis et solemnibus pop. R. verbis libri VIII. Parigi 1583. fol.; *Dirksen* Aggiunte alla storia del formalismo Romano, ne' suoi Saggi sulla critica e sull' interpretazione no. 1.

(17) Ne abbiamo degli esempi in *Caio* IV. 30. L. 15. C. *de test.* (6. 23.) L. 17. C. *de jure delib.* (6. 60.) L. 21. C. *de leg.* (6. 37.) L. 11. C. *de adopt.* (8. 48.) L. 5. 6. C. *de emanc.* (8. 49.)

(18) *Horat.* Serm. I. 9. V. 75.; *Acron.* ad h. L.; *Porphyr.* ad h. L. *Plin.* H. N. XI. 45.; *Plaut.* in *Pers.* IV. 9. v. 10.; in *Poen.* V. 4. v. 59.; *Fest.* p. *contestari*.

b) *Alcune forme particolari.*

a) *Mancipatio* (*)

§ 33. Una delle più importanti forme di negozi usate dagli antichi fu la *mancipatio*, la quale viene anche indicata con l' espressione *nexum facere* (1), ovvero *per aes et libram gerere* (2), la cui essenza stava in una vendita simbolica, *imaginaria venditio*; perciocchè colui che dal negozio conseguiva un dritto, dovea in apparenza pagar qualche cosa per questo dritto, come se il dritto fosse comprato da lui (3). La propria utilità di questa forma stava nell' intervento de' testimoni chiamati per la pruova, i quali eran cinque di numero e doveano essere puberi e cittadini Romani o Latini (4): a questi si aggiungeva anche un pesatore *Libripens* (5), il quale valeva per sesto testimone (6), ma avea il particolare ufficio di tener le bilance, con le quali, secondo l'antica usanza del tempo in cui si pesavano gli assi, pesava il prezzo simbolico della vendita che ordinariamente era un pezzo di rame grezzo, *aes s. raudusculum*, invece del quale però più tardi si adoprò anche talvolta una piccola moneta, *nummus unus s. sestertius* (7). Si trova inoltre fatta menzione anche di una settima persona, *antesta-*

(*) *E. G. A. Scheurl.* Sul *Nexum*. Erlangen. 1839. 8.; *C. Sell.* de jure Rom. nexo et mancipio; Dirksen negli annali per la stor. e dommi del dritto Rom. di K. *Sell.* e W. *Sell.* vol. II. No. 32.

(1) *Fest.* p. *Nexum*, *Nuncupata*; *Varro* de L. L. VI. 5.; *Cic.* Paradoxa V. 1. de haresp. resp. c. 7.; *Boethius* ad Top. Cic. lib. III. ad c. 5.

(2) *Caj.* II. 107. III. 173.; *Varro* L. c.; *Liv.* VI. 14.; *Cic. de Orat.* III. 40.

(3) *Caj.* I. 113. 119.; *Sueton.* in Octav. c. 64. Da ciò dipende che gli antichi Romani chiamavano qualunque alienazione *emptio venditio* L. 29. § 1. *de statu lib.* (40. 7.); *Ulp.* XIX. 5.; *Fest.* p. *Censui Censendo.*

(4) *Caj.* I. 113. 119. II. 104. III. 174.; *Ulp.* XIX. 4. XX. 2.

(5) *Caj.* l. c.; *Ulp.* l. c.

(6) *Caj.* II. 106. 107. Ciò che alcuni sostengono p. es. Niebuhr St. R. I. pr. 466. che i sei testimoni rappresentavano le sei classi di Servio Tullio è per lo meno assai dubbio, essendochè la mancipazione era certamente più antica.

(7) *Caj.* I. 119. 122.; *Plin.* H. N. XXXIII. 3.; *Fest.* p. *Rodus*; *Dion. Hal.* IX. 27.; *Sueton.* in Octav. c. 64.; *Vitruv.* I. 4. Confr. anche *Cic.* pro Rabir. c. 17.; *Seneca* ep. 95.; L. 46. D. *locati* (19. 2.) L. 66. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 37. D. *de donat.* (8. 54.)

tus (8), il cui intervento per verità non era necessario (9), ma pare però che fosse in uso (10), e con costui, quando egli interveniva, si osservava il rito antico dell' antestazione, di tirar cioè l' orecchio, per conservar l' apparenza che i testimoni fosser presi dal *Publicum* nel momento stesso dell' atto (11). In presenza di queste persone si dichiarava la volontà con certe determinate formole, *certis verbis* (12), nel che comparendo in prima colui che otteneva il dritto mediante quell' atto, o il suo procuratore (13), e toccando col *Raudusculum* la bilancia del *Libripens* dichiarava che egli prendeva il dritto e voleva averlo come comperato con quel pezzo di metallo, e sopra ciò

(8) *Lib.* apud Priscianum lib. VIII.: « Impubes libripens esse non potest, neque antestari », dove *antestari* è da prendersi in senso passivo; V. il documento di donazione di Stazia Irene del 252 dopo Cr. presso *Gruter* Inscr. p. 1081. « Libripente Claudio Dativo, Antestato C. Victore »; Il documento di donazione di F. Flavio Artemidoro del secondo secolo dopo Cr. presso *Orelli* Inscript. No. 4358. e *Spangeberg Tab. negot. solemn.* p. 154. « Antestatus est. Ti. Julium Erotem etc. »; il titolo di donazione di F. Flavio Sintrofo pubblicato da *Huscke* Uratislav. 1838. 4.

« Antestatus est T. Flavium Theopompum etc. »; *Caj.* Epit. I. 6. § 4. ubi quin-« que testes cives Romani in praesenti erunt, et pro illo, qui libripens appellatur, id est « stateram tenens, et qui Antestatus appellatur, alii duo, ut septem testium numerus « impleatur ».

(9) Giacchè i luoghi citati nella nota 4 che indicano le cose essenziali della mancipazione trasandano l' antestatus.

(10) Siccome il numero de' suggelli de' testimoni che secondo un' antica legge dovea trovarsi ne' testamenti *Cic.* in Verr. I. 45. era di sette, *Caj.* II. 119. così è probabile che regolarmente v' interveniva un Antestatus e vi apponeva anch' egli il suo suggello. Ad ogni modo è assai dubbia l' opinione di *Huschke*, il quale supplendo la mancante clausola finale del documento di donazione di Flavio Sintrofo fa dell' *antestatus* uno de' cinque testimoni ordinari.

(11) *Clem. Alexandrini* Strom. V. 8. « Sed etiam quae a Romanis in civilibus negotiis fiunt, locum sibi vindicant: librae illae justitiae causa intervenientes, et asses vindicationesque; et *aurium contrectationes;* primae quidem ut omnia juste fieri significetur, alteri, velut pretii pars, *tertiae ut qui forte incideret tamquam si onus ei aliquod imponendum esset consisteret audiretque et partes arbitri* (μεσιτου) *susciperet* ». I documenti di donazione di Artemidoro e di Sintrofo nella nota 8. mostrano ancora che l' antestazione non si faceva dall' *antestatus*, ma si eseguiva su di lui, come la parola medesima lo accenna. Forse la frase delle XII. Tavole « qui *se sierit testarier* libripensve fuerit, si testimonium infitiatur, improbus intestabilisque esto » *Gell.* XV. 13, si estendeva già all' *antestatus*. Confr. *Huschke* L. c. p. 43. seg.; Incerti auctoris magistratuum, et sacerdotiorum P. R. expositiones del medesimo p. 272. seg.; *Valch* de antestato in mancipatione. Jenae 1840.

(12) *Ulp.* XIX. 3.; *Caj.* I. 119. II. 104. Nell' antico contratto *per aes et libram* probabilmente la forma che si usava era la stipulazione, e per conseguenza questa si dee riguardare come un avanzo di quell' antico contratto.

(13) *Cai.* II. § 105.

colui che conferiva il dritto manifestava il suo consenso (14). Questa formalità fondamentale, la quale senza dubbio si trova già in una legge di Numa (15), ci si presenta per lo meno in sette diverse applicazioni (16), delle quali però alcune ben presto andarono in disuso (17), e nel dritto di Giustiano non ne rimane più alcuna traccia (18). La sua forza obbligatoria si estendeva a tutto ciò che nell'atto era stato stabilito (19), tanto ai patti accessori, quanto al contenuto principale del negozio (20). Ai patti accessorii che ordinariamente intervenivano apparteneva, nella mancipazione di cose, schiavi, figliuoli, e mogli *in manu*, la *fiducia* s. *pactum fiduciae* (21), il cui inadempimento produceva infamia (22) e poteva essere di due specie, la *lex remancipationis*, cioè che l'oggetto alienato si dovesse in alcune determinate

(14) *Caj.* I. 119. II. 104., *Ulp.* XX. 9. Questa circostanza che l'acquirente parlava per il primo vien confermata anche dalla stipolazione, se non altro come analogia. Ciò che a prima vista può parere strano in cosiffatto procedere, non farà maraviglia quando si ponga mente che avea già dovuto seguire un accordo tra le parti prima che la forma si eseguisse.

(15) *Dion Hal.* II. 74. Nelle XII. Tavole s'incontra già chiaramente la mancipazione. *Frag Vatic.* § 50.

(16) Come *mancipatio o traditio nexu* nell'alienazione delle cose e de' figliuoli. Cic. Top. c. 5., *Paradoxa* V. 1.; *Caj.* I. 118., 122. 132 II. 204.; *Ulp.* I. 16. XIX. 18., anche come *mancipatio* nello stabilimento delle servitù *Caj. Fragm. Vat.* § 50.; come *testamentum per aes et libram* s. cum quinque testibus ne' testamenti *Ulp.* XX. 2. 9.; *Caj.* II. 102-107. Nov. Valent. III. tit. 21.; come *contractus per aes et libram* s. nexu s. cum testibus ne' contratti obbligatorii. *Varro* de L. L. VI. 5.; *Festo* p. *Nexum*, *Nuncupata*; *Cic.* de Orat. I. 57. III. 40.; *Dion. Hal.* L. c.; come *acceptilatio per aes et libram* nelle quietanze o remissioni. *Caj.* III. 173-175; come *coemptio* nel matrimonio, *Caj.* I. 113.; e come *remancipatio* nel divorzio, *Fest.* p. *Remancipatio*.

(17) Il contratto *per aes et libram* di già presso Varrone l. c. apparisce come un antichità e la *coemptio* al più tardi cadde in disuso al tempo dell'impero.

(18) Più lungamente si mantenne il *testamentum per aes et libram*, il quale fu per la prima volta abolito da una Novella di Teodosio II. tit. 16. Del pari lungamente restò in voga la mancipazione de' figliuoli nell'adozione, e nell'emancipazione, e non fu abolita che da Anastasio e Giustiniano nella L. 5. C. *de emanc.* (8. 49.) L. 11. C. *de adopt.* (8. 48.)

(19). *Fest.* p *Nuncupata*: « Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto »; *Cic.* de orat 1. 57.

(20) *Caj.* II. 33.; Fragm. Vat. § 47. 50. 51.

(21) *F.C. Conradi* Exerc. I. e II. de pacto fiduciae (Scripta min.) p. 179. seg.; *C. Buechel* Diss. de fiduc., pign., hypoth. Marb. 1821. 8. *H.A. Zachariae* Comm. de fiduc. Gothae 1830. 4.

(22) *Cic.* pro Rosc. Com. c 6; pro Caecina c. 2.; de Offic. III. 15. ad famil. VII. 12.; Collat. X. 2.; *Caj.* IV. 33. 62.

mai un formolario generale di giuramento, anzi potè sempre il giuramento, esser prestato nelle più svariate forme (4). Solamente per alcuni giuramenti più comuni ed importanti erano o prescritti (5), o almeno usati certi determinati formolarii (6). I Cristiani nel giurare prendevano anche in mano il Vangelo (7), come i pagani ne' loro giuramenti solenni ponevano la mano sull' altare, e questo forse intendevasi pel *juramentum corporale*, di cui più d' una volta si fa menzione (8). Se i Preposti di una persona morale giurano a suo nome, ciò vale come se ella medesima abbia giurato (9), pel resto non si ammettono procuratori nel giuramento (10). Non si può dire in generale quali effetti producesse il giuramento assertorio, giacche questi erano molto diversi secondo la materia e le circostanze nelle quali si giurava. Il giuramento falso, *perjurium*, cioè l' affermare scientemente con giuramento una cosa non vera (11) è sempre un inganno punibile (12), ed in certi casi vi son delle pene severe (13). Per contrario per mezzo del giuramento promissorio si fa nascere per rispetto al giurante un motivo puramente morale di mantenere la sua promessa, ma non si muta per questo la natura giuridica dell' obbligazione (14); il che patisce eccezione solo nel *juramentum liberti* (15). Non per tanto Arcadio ed Onorio decretarono l' infamia ed altre pene per la violazione del giuramento, che chiamavasi parimente *perjurium* (16), quando un maggiore di età non volesse mantener la promessa da lui liberamente giurata (17).

(4) *Brisson*. de formul. VIII. 1-18.

(5) Nov. 8. in fine.

(6) Uno de' principali giuramenti era anticamente quello *per Jovem lapidem*. *Brisson*. de form. VIII. 8.; *Hartung* Relig. de' Rom. vol. 2. p. 10. p. 45.

(7) Nov. 8. in fine; Nov. 124. c. 1.

(8) *Plaut*. Rud. V. 2. v. 46. seg. confr. con la L. 1. C. *si adv. vend.* (2. 28.) L. 3. C. *si minor.* (2. 43.)

(9) L. 97. D. *de condit.* (35. 1.)

(10) L. 12. § 4. C. *de reb. cred.* (4. 1.) Nov. 124. c. 1. Non si oppongono le L. 9. § 6. L. 42. § 1. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 13. § 13. D. *de damno inf.* (39. 2.)

(11) *Cic.* de off. III. 29. *Quaest. Acad.* IV. 47.

(12) L. 4. D. *stellion.* (47. 20.)

(13) L. 13. C. *de testib.* (4. 20.)

(14) L. 7. § 16. *de pact.* (2. 14.) Nov. 82. c. 11.

(15) V. § 181.

(16) L. 1. C. *si adv. vend.* (2. 41.)

(17) L. 41. C. *de transact.* (2. 4.) Per un capo determinato vi erano già anche prima delle pene per la violazione del giuramento, p. es. nella L. 13. § 6. D. *de jurejur.* (12. 2.)

3) *Determinazioni accessorie de' negozi civili.*

§ 38. Alle disposizioni le quali formano il proprio scopo di un negozio civile, e la cui sola ed unica esistenza fa che l'atto sia un *negotium purum* (1), se ne possono aggiunger delle altre, le quali per via di restrizioni o aggiunte modificano il contenuto principale dell' atto. Queste sono le determinazioni accessorie de' negozi civili, le quali son sempre parti accidentali de' medesimi, e son dette spezialmente *leges s. conditiones negotii* (2). Le principali specie di siffatte determinazioni sono:

1.° Le condizioni, *conditiones s. str.* cioè avvenimenti incerti dai quali si fa dipendere l' effetto dell'atto o delle singole disposizioni in esso contenute (3). Veramente non di rado l' effetto dell' atto per la natura stessa delle cose, o per la disposizione della legge dipende da incerti avvenimenti, e questi allora si chiamano *condizioni che s' intendono di per se stesse*, *conditiones quae tacite insunt negotio* (4); ma le sole condizioni che son fondate sopra una libera disposizione della volontà si possono propriamente considerare come determinazioni accessorie. Esse per rispetto al loro scopo si dividono in *condizioni sospensive*, *conditiones quae suspendunt negotium*, quando da esse dee dipendere il compimento e l' esecuzione dell' affare, e *condizioni risolutive*, *conditiones quae resolvunt negotium*, quando da esse dipende la continuazione degli effetti prodotti dall' atto (5); e per rispetto alle circostanze di fatto indicate come condizioni si dividono: in A. *conditiones in futurum collatae*, quando son presi per condizioni avvenimenti futuri, e *conditiones in praesens vel praeteritum collatae*, quando le condi-

(1) § 2. J. de V. O. (3. 15.) L. 45. pr. D. ad L. Falcid. (35. 2.) L. 59. § 1. D. *de manum. testam.* (40. 4.)

(2) *Caj.* I. 140. 172. III. 145. 146.; Tit. D. *de lege commis.* (18. 3.) L. 13. pr. D. *comm. praed.* (8. 1.) L. 6. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 21. § 3. D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 108. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(3) *Ph. Brusselii* Tractat. de cond. Francoforte e Lipsia 1700. 4.; *J. J. Ravensbergii* Opusc. de condit. Jenae 17[illegible]. 8.; *Thibaut* Trattati civ. No. 17.; *A. E. Endemann* de implendae cond. temp. Merb. 1821. 8. *W. Sell.* Teoria delle condiz. imposs. Giessen 1834. 8.

(4) L. 1. § 3. L. 47. L. 99. L. 107. D. *de cond. et idem.* (35. 1.) L. 7. § 5. D. *quando dies* (36. 2.) L. 15. pr. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.)

(5) L. 1. D. *de leg. Commiss.* (18. 3.) L. 2. pr. D. *de in diem addict.* (18. 2.) L. 3. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 9. § 6. D. *de reb. cred.* (12. 1.) § 3. J. *de* V. O. (45. 1.)

zioni consistono in avvenimenti ignoti presenti o passati (6); B. *conditiones potestativae*, il cui adempimento dipende dalla volontà delle parti, *casuales*, che sono indipendenti dalla volontà, e *mixtae*, nelle quali concorre e la volontà e il caso (7); C. affermative e negative, secondochè la condizione sta nel dover accadere o per contrario nel non dover avvenire qualche cosa (8). In generale a tutti i negozi civili si possono aggiungere delle condizioni. Pure vi sono delle eccezioni, per le quali questa aggiunzione produce per lo più la nullità dell'atto (9). Vale lo stesso quando si è messo per condizione il fare qualche cosa impossibile (10), ovvero illecita (11), mentre il contrario, cioè la condizione di non fare una cosa fisicamente impossibile non nuoce (12). In fino a che la condizione ammissibile pende indecisa, *dum pendet conditio* l'effetto che ad essa è legato dee aspettarsi come incerto (13). Ma se la condizione si verifica, *si existit conditio*, retroagisce fin sul principio, e però i negozi con condizione sospensiva si debbono riguardare come se da principio fossero stati puri e semplici, cioè senza condizione (14), salvo quando la condizione per l'obbligato fosse potestativa (15); ed i negozi con condizione risolutiva si hanno a tenere come se non avessero avuto luogo (16). Se per contrario è certo che la condizione non si verificherà, *si deficit conditio*, allora cade la disposizione condizionale (17); si ha poi per verificata la condizione solo quando lo adempimento corrisponde pienamente ed esattamente a ciò che si è

(6) L. 100. D. de V. O. (45. 1.)

(7) L. un. § 7. C. *de cad. toll.* (6. 51.) L. 31. § 2. D. ad Sct. Treb. (36. 1.) L. 78. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 4. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(8) L. 7. D. *de* V. O. (45. 1.) Nov. 22. c. 43. 44.

(9) L. 77. D. *de* R. J. (50. 17.) L. 4. D. *de servit.* (8. 1.)

(10) L. 7. L. 137. §. 6. D. de V. O. (45. 1.) L. 6. § 1. L. 72. § 7. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(11) L. 137. § 6. D. de V. O. (45. 1.) L. 9. L. 14. L. 15. D. *de cond. instit.* (28. 7.)

(12) L. 7. D. *de* V. O. (45. 1.) § 11. J. *de inut. stip.* (3. 19.)

(13) L. 66. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 2. § 1. L. 4. § 3. D. *de in diem add.* (18. 2.) L. 73. § 2. D. ad. l. Falc. (35. 2.) L. 8. pr. D. *de peric.* (18. 6.) L. 16. pr. D. *de cond. indeb.* (12. 6.). Nondimeno in parecchi casi possono anche provvisoriamente adoperarsi de' mezzi conservativi pe' dritti condizionali L. 6. pr. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.) L. 14. pr. D. *ut legatorum* (36. 3.)

(14) L. 8. pr. D. *de peric.* (18. 6.) L. 11. § 1. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 16. D. *de solut.* (46. 3.)

(15) L. 9. § 1. D. *qui potior.* (20. 4.)

(16) L. 4. § 3. L. 6. pr. D. *de in diem add.* (18. 2.)

(17) L. 8. pr. D. *de peric.* (18. 6.)

disposto (18), salvo alcuni casi speciali in cui una condizione non adempiuta si ritiene come adempiuta (19).

2.° Le determinazioni di tempo, *dies* quando si stabilisce o un termine di cominciamento, *dies ex quo*, dal quale debba cominciare l'esecuzione del negozio, o un termine finale *dies ad quem*, fino al quale debba durare (20). In ambedue i casi il termine può consistere o in un determinato punto di tempo, *dies certus*, o in un tempo determinato solo relativamente, cioè per rispetto ad un avvenimento incerto, *dies incertus* (21). Che se sia incerto se l'avvenimento scelto per termine si verifichi, la determinazione del tempo si riguarda come una vera condizione (22), ma se per contrario è solo incerto quando quell'avvenimento sarà per accadere, allora vale come semplice determinazione di tempo (23), quantunque anche questo patisca qualche eccezione (24).

3.° La determinazione di uno scopo, *modus*, cioè la determinazione del godimento o dell'uso che si ha a fare di una cosa, la quale si può aggiugnere alla trasmissione o concessione di un dritto (25). Facendo astrazione da alcune particolarità nelle donazioni (26), ne' legati (27), e nelle alienazioni degli schiavi (28), queste determinazioni danno solo un dritto per richiederne l'adempimento, ovvero un' indennità, quando non sieno osservate, supposto però che si possa dimostrare un interesse giuridico per l'osservanza delle medesime (29).

4.° Le riserve, *reservationes* s. *deductiones*, quando nella trasmis-

(18) L. 69. L. 94. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(19) Il caso principale è quando colui che è obbligato condizionalmente impedisce a bella posta che la condizione si verifichi. L. 24. D. *de cond.* (35. 1.) L. 31. § 1. D. *de statu lib.* (40. 7.)

(20) L. 44. § 1. D. *de* O. et A. (44. 7.) § 2. J. de V. O. (45. 1.)

(21) L. 1. § 1. 2. D. *de cond.* (35. 1.)

(22) L. 16. § 1. L. 56. D. *de condict. ind.* (12. 6.)

(23) L. 45. § 3. D. de V. O. (45. 1.) L. 17. D. *de condict. ind.* (12. 6.)

(24) L. 1. § 2. L. 40. § 2. L. 79. § 1. D. *de cond.* (35. 1.) L. 4. pr. L. 13. D. *quando dies* (36. 2.)

(25) In tutt' altro senso è usata la parola *modus* nella L. 44. § 3. D. *de* O. et A. (44. 7.)

(26) L. 3. L. 8. C. *de cond. ob caus. dat.* (4. 6.) L. 1. L. 3. C. *de don. quae sub modo* (8. 55.)

(27) L. 19. D. *de leg.* III. (32.) L. 40. § 5. L. 80. D. *de cond.* (35. 1.)

(28) V. § 124.

(29) L. 41. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 17. § 2. L. 44. D. *de manum test.* (40. 4.)

sione, concessione o abbandono di un dritto se ne eccettua qualche cosa che altrimente sarebbe compresa nell' atto (30).

4) *Nullità ed invalidamento de' negozi civili.*

§ 39. Tutt'i negozi civili possono o da principio esser invalidi, o divenir di poi invalidi.

1.° La invalidità fin da principio per la quale l'atto si riguarda come nullo cioè giuridicamente inesistente, *nullum negotium* si fonda sempre sulla mancanza de' requisiti essenziali di qualsivoglia specie, e per questo riguardo vale la regola, che tutte le condizioni e i requisiti legali di un negozio son da riguardare come essenziali, cosicchè la loro mancanza porti nullità, quando le leggi espressamente come *leges minus quam perfectae* ovvero *imperfectae* non abbiano attaccato a questa mancanza solo una pena, o l' inammissibilità dell' azione per l' adempimento (1). Ciò che una volta è nullo, ordinariamente rimane tale anche quando di poi cessa la cagione della nullità, *quod ab initio invalidum ex post facto non convalescit* (2), ma se la mancanza riguarda solo qualche parte dell'affare, non nuoce al resto, se questo può stare da sè, *utile per inutile non vitiatur* (3). Talvolta anche un negozio, che non ha i requisiti dell' affare che propriamente s' è inteso conchiudere, può esser mantenuto come un negozio di altra specie, il che dicesi *conversio actus juridici* (4).

2.° L'invalidamento posteriore di un negozio, al che si riferiscono le espressioni *infirmatur*, *rumpitur*, *rescinditur negotium*, avviene parte di per se stesso, *ipso jure* per qualche avvenimento posteriore, al quale o la legge o la volontà privata abbia annessa l' estinzione dell' affare (5), parte per la rivoca, quando questo dritto siasi riserva-

(30) L. 1. D. *de damno inf.* (39.2.) L. 14. C. *de don. int.* V. et U. (5. 16.) *Caj.* II. 33. ; Fragm. Vat. § 47. 50. 51.

(1) L. 5. C. *de legib.* (1. 14.) Confr. la mia St. introd. § XX.

(2) L. 29. L. 210. D. *de* R.J. (50. 17.) L. 83. §. 5. D. *de* V.O. (45. 1.) L. 17. § 4. *de pact.* (2. 14.)

(3) L. 1. § 5. L. 110. pr. D. *de* V. O. (45. 1.). L. 8. § 2. L. 34. § 4. D. *de don. int.* V. *et* U. (24. 1.).

(4) L. 8. C. *de codic.* (6. 36.) L. 6. D. *praescript. verb.* (19. 5.).

(5) § 1. J. *de exher. lib.* (2. 13.) § 2-6. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) L. 1. L. 3. L. 6. § 6-13. D. *de injusto* (28. 3.) L. 181. D. de R. J. (50. 17.) L. 8. pr. D. *de peric.* (18. 6.); Il cessare de' requisiti di un negozio, come la sopravvegnenza della demenza delle parti, per sè stesso non nuoce. L. 85 § 1. D. *de* R. J. (50. 17.) L. 16.

lo (6) o sia conceduto dalla legge o senza condizione o condizionatamente per ragione delle circostanze mutate (7); parte in fine per l'impugnazione dell'atto fondata sopra qualche particolare difetto, il quale quantunque non porti a nullità, pure o alle parti stesse o ad un terzo dà per disposizione di legge il dritto di rescindere il negozio, se così vogliono (8), al che però in certi casi è mestieri che si aggiunga un formale annullamento dell'affare mediante sentenza, e ciò dicesi propriamente *rescissio negotii* (9). Se la causa d'invalidamento riguarda solo una parte del negozio, vale anche qui il principio che il rimanente non ne rimane danneggiato (10). Ma ci ha ancora parecchi casi in cui in seguito di posteriori occorrenze o un affare nullo o divenuto invalido ritorna ad aver forza, o cessa l' impugnabilità del medesimo, le quali due cose si comprendono nell' espressione di *convalidamento del negozio*, *convalescere* (11). Una principal ragione di siffatto *convalidamento* è la espressa o la tacita conferma *ratihabitio* da parte di colui al quale apparteneva il dritto d' impugnar l' atto, o nell' interesse del quale il negozio si dovea ritenere invalido (12); la quale quando ha luogo, per regola ha l' effetto che l' affare si riguardi come valido dal principio (13) ma ciò non dipende sempre dalla sola volontà, giacchè in alcune circostanze presuppone delle particolari condizioni (14). Si può riguardare come una specie di *ratihabitio* anche la conferma da parte del po-

§ 2. D. *de rit. nupt.* (23. 2.). L. 8. D. *de his qui sui* (1. 6.) § 1-3. J. *quib. non est permiss. fac. test.* (2. 12.).

(6) L. 2. D. *de contr. empt.* (18. 1.).

(7) L. 27. C. *de testam.* (6. 23.) L. 3. § 11. D. *de adim. legat.* (34. 4.) L. 18. D. *de don. mort. causa* (39. 6.) L. 1. 2. 9. C. *de libert.* (6. 7.) L. un. C. *de ingrat. lib.* (8. 50.) L. 7. L. 8. C. *de rev. don.* (8. 56.) L. 1. L. 3. C. *de don. quae sub modo* (8. 55.).

(8) L. 2. L. 8. C. *de rescind. vend.* (4. 44.) L. 1. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 1. L. 2. D. *de in int. rest.* (41. 1.) L. 1. pr. L. 10. pr. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.) L. 1. seg. C. *de inoff. don.* (3. 29.) L. un. C. *de inoff. dot.* (3. 30.).

(9) Cioè nella *querela inofficiosi* e nella *in integrum restitutio* L. 3. D. *de in int. rest.* (4. 1.).

(10) L. 2. § 6. L. 7. D. *de injusto* (28. 3.).

(11) L. 41. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 22. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 65. § 1. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) L. 32. § 2-4. D. *de don. int.* V. et U. (24. 1.) L. 31. § 2. D. *de don.* (39. 5.) L. 42. D. *de usurp.* (41. 3.).

(12) L. 7 § 16. L. 9. pr. D. ad Sct. Maced. (14. 6.) L. 7. pr. C. eod. (4. 28.) L. 1. 2. C. *si major fact. rat. hab.* (2. 46.) L. 1. 2. C. *si major. fact. alienat.* (5. 74.)

(13) L. 25. C. *de don. int. V. et U.* (5. 16.) L. 7. C. ad Sct. Maced. (4. 28.) Confr. L. 44. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 16. § 1. *de pign.* (20. 1.).

(14) L. 2. C. ad Sct. Maced. (4. 28.) L. 2. C. *si maj. fact. rat. hab.* (2. 46.).

tere legislativo, quando mediante un privilegio speciale l' affare è in tutto o in parte confermato (15).

IV. DEGLI ATTI ILLECITI

1) *Nozione ed imputazione de' medesimi.*

§ 40. In tre casi un atto non è permesso: 1.° quando gli si oppone un espresso divieto, 2.° quando va contro un precetto espresso facendosi tutt' altramente da quel che è prescritto, e 3° quando lede i dritti altrui; le omissioni per contrario sono illecite solamente quando alcuno non faccia certi determinati atti ai quali era obbligato sia per una relazione di dritto, sia immediatamente per disposizione di legge (1). L'azione o l'omissione illecita di alcuno, in quanto gli può esser giuridicamente imputata, viene indicata col nome di colpa *culpa* (2). Ma perciò si richiede 1.° che egli abbia una volontà capace (3), 2° che agisca con coscienza di ciò che fa (4), e 3.° che l'atto illecito o contrario al dritto possa appunto attribuirsi alla sua volontà, il che può avvenire in due guise: *positivamente*, quando si è commesso il male con intenzione e disegno; *negativamente* quando l' agente non ha avuto precisamente in mira la conseguenza ingiusta della sua operazione, ma ha mancato per precipitanza, imprevidenza, ignoranza, o negligenza, e quindi non ha avuto una seria volontà di evitare l'ingiustizia, quando usando diligenza e circospezione sarebbe stato possibile evitarla. Quel voler positivamente una cosa contraria al dritto chiamasi *dolus* (5), anche quando non vi sia una turpitudine o malignità morale (6); per contrario la

(15) L. 38. L. 39. D. *de adopt.* (1. 7.) L. 57. § 1. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) L. 19. C. *de testam.* (6. 23.) L. 2. C. *de adopt.* (8. 48.) L. 5. C. *de emanc.* (8. 49.).

(1) Solo quando si prende la parola proibizione in questo ampio significato, in guisa che atto proibito significhi in generale atto contrario al dritto, si può sostenere la seguente Regola, che tutto ciò che non è proibito sia lecito.

(2) § 3. J. *de leg. Aquil.* (4. 3.) L. 9. § 3. D. *de minor.* (4. 4.) L. 7. § 12. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 15. D. *de vi* (43. 16.) L. 1. pr. D. *de injur.* (47. 10.) L. 12. pr. D. *de custod. reor.* (48. 3.) L. 14. § 1. D. *de re mil.* (49. 16.) L. 11. § 1. C. *de repud.* (5. 17.).

(3) L. 5. § 2. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 9. § 2. D. ad leg. Pomp. *de parric.* (48. 9.) L. 12. D. ad L. Corn. *de sicar.* (48. 8.).

(4) § 29. Nota 4.

(5) L. 30. § 3. D. *Ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 2. § 1. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) L. 5. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 8. § 9. D. *mand.* (17. 1.) L. 36. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 2. § 5. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 23. L. 177. § 1. D. *de* R. J. (50. 17.).

(6) L. 7. pr. D. *depos.* (16. 3.) L. 14. § 2. D. *de custod. reor.* (48. 3.)

mancanza della debita diligenza dicesi *culpa* in senso stretto (7). Se neppure abbia luogo una tal mancanza di diligenza ed accuratezza, manca ogni imputazione dell'effetto ingiusto (8). Del resto secondo che il dolo o la colpa si manifesta in azioni ovvero omissioni non permesse chiamasi *dolus* o *culpa in faciendo*, e *in non faciendo* (9).

2) *Risponsabilità pel dolo e per la colpa* (*).

§. 41. Non in tutti i casi, ne' quali si trova il *dolus* o la *culpa* di una persona, può aver sempre luogo una risponsabilità giuridica.

1.° Astraendo dalle relazioni di dritto per le quali alcuno sia obbligato ad agire, in generale non si prende in considerazione se non il *dolus* e la *culpa in faciendo* (1), giacchè non ci ha che pochi casi ne'quali le leggi immediatamente e senza riferirsi a qualche relazione di dritto obbligano ad una determinata operazione in modo che l' omissione ne sia illecita (2). Ma qui per le azioni dolose ciascuno è sempre risponsabile, in quanto per esse si sia realmente violato un dritto (3); per le azioni colpose al contrario la risponsabilità ha luogo solo in alcuni determinati casi (4); tra i quali il più importante è quello quando alcuno

(7) L. 31. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) ed i luoghi cit. nella nota 5.

(8) L. 30. § 3. L. 52. § 4. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 11. § 2. D. *de poenis* (48. 19.) L. 137. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.).

(9) L. 91. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 1. pr. D. *de tut. act.* (27. 3.).

(*) Donelli Comment. jur. civ. XVI. 7.; *E. Löhr.* Teoria della colpa. Giessen 1806. 8. Aggiunte del medesimo alla teoria della colpa. *Giessen* e *Darmstadt* 1808. 8.; *I. Chr. Hasse.* La colpa del dritto Romano Kiel 1815. 8.; *Chr. Fr. Elvers* Doctrin. jur. Rom. de culpa Goett. 1822. 8.; *P. L. Kritz.* Sulla colpa secondo il dritto Rom. *Lipsia* 1823. 8.; *J. C. Gensler* espone una teorica tutta propria. Exercit. Jur. civ. ad doctrin. de culpa Fasc. 1. Jenae 1813 8.; Aggiunta del medesimo alla teoria della diligenza e della colpa. *Heidelberg* 1819. 8.

(1) Non è una vera eccezione quando alcuno col suo proprio fatto abbia prodotto uno stato di cose nel quale un'omissione diviene dannosa, nel qual caso vi è senza dubbio risponsabilità. L. 1. § 20. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.) L. 8. pr. L. 29. § 7. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(2) Ne abbiamo degli esempi nella L. 40. D. *de poen.* (48. 9.) Nov. 117. c. 8. § 1. In generale neppure è punibile l'omissione di denunziare un delitto L. 49. § 1. *de furtis* (47. 2.). Ciò che dice Cicerone de offic. I. 7. « Injustitiae duo genera sunt, unum eorum qui inferunt, alterum eorum, qui ab iis, quibus infertur, si possunt, non propulsant injuriam » appartiene solo ad una morale vituperabilità di condotta.

(3) *Cic.* de nat. deor. (3. 30.) L. 7. § 4. 5. L. 18. § 2. 5. L. 19. L. 21. L. 23. L. 31. L. 32. D. *de dolo* (4. 3.) L. 14. § 13. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 3. § 1. D. *stellion.* (47. 20.)

(4) Non si oppone il § 16. I. *de leg. Aquil.* (4. 3.) Confr. L. 33. § 1. L. 27. § 14. D. *eod.* (9. 2.) L. 14. pr. § 2. D. *praescript. verb.* (19. 5.); *Hasse* l. c. Cap. 1.

è incorso nella così detta *culpa aquilia*, cioè ha danneggiato una persona o cosa altrui (5) alla quale la legge Aquilia si riferisca (6).

2.° Altri principj dominano nelle relazioni di dritto, nelle quali sono anche illecite le omissioni, che violano le obbligazioni che da quelle relazioni son provenute; ma per rispetto alla colpa son da distinguere due gradi (7): colpa grave, e lieve, *culpa lata*, et *levis* (8), ed in ciò il dritto romano procede dal contrapposto di un uomo ordinario o comune che si voglia dire, e di un diligente padre di famiglia, *diligens pater familias* s. *homo frugi* (9), e ritiene per *culpa lata*, quando non si è adoperata neppure l'accuratezza di un uomo ordinario (10), per *culpa levis* al contrario quando vi è mancata solamente quella attenzione che è propria di un *diligens paterfamilias* e che forma l'ultimo grado di imputazione (11). Non pertanto l'adoperar nelle cose altrui, delle quali si debba aver cura, una diligenza minore che nelle proprie, costituisce anche una *culpa lata* o piuttosto una specie di *dolus*, quantunque la mancanza in sè stessa fosse lieve (12). Or mentre 1) si è sempre risponsabile non solo pel *dolus*, ma 2) ancora per la colpa grave, per la quale è stabilito il principio: *culpa lata dolus est* (13); 3) la rispon-

(5) § 3. J. *de leg. Aquil.* (4. 3.) L. 44. D. eod. (9. 2.)

(6) V. la mia St. § 54. No. IV.

(7) I Glossatori e con essi la maggior parte degli antichi giuristi credevano di trovar tre gradi nel dritto Rom. principalmente nella L. 5. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 47. § 5. D. de legat. 1. (30.) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.)

(8) L. 22. § 3. D. ad Sct. Treb. (36. 1.) L. 47. § 5. D. de legat. 1. (30.) Le principali indicazioni che troviamo nelle fonti per la prima sono *culpa lata*, [illegible] *dolo proxima*, ovvero *magna crassa supina negligentia*, e per l'ultima *culpa levis*, *levior minor*. Una sola volta si trova *culpa levissima* L. 44. D. *ad L. Aquil.* (9. 2.)

(9) Cic. Tuscul. quaest. III. 8. IV. 10. § 5. J. *de locat.* (3. 24.) L. 25. § 16. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 14. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 11. D. *de peric.* (18. 6.) L. 22. pr. D. *de probat.* (22. 3.)

(10) L. 213. § 2. 3. L. 223. D. *de V. S.* (50. 16.)

(11) § 4. J. *quib. mod. re* (3. 14.) § 5. J. *de locat.* (4. 24.) L. 31. D. *ad L. Aquil.* (9. 2.) L. 25. § 16.) D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 11. D. *de peric.* (18. 6.) L. 11. § 1. D. *locati* (19. 2.) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.)

(12) L. 32. D. *depos.* (16. 3.) L. 3. D. *de peric.* (18. 6.) L. 17. pr. D. *de jure dot.* (23. 3.) D. 22. § 3. D. ad Sct. Trebell. (36. 1.) L. 1. § 4. D. *de O. et A.* (44. 7.) I più recenti chiamano questa, *culpa lata in concreto*, e per contrario la vera negligenza grave, *culpa lata in abstracto*.

(13) L. 1. § 1. D. *si mensor* (11. 6.) L. 32. D. *depos.* (16. 3.) L. 29. pr. D. *mand.* (17. 1.) L. 5. § 15. D. *ut in poss. legat.* (36. 4.) L. 1. § 2. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.) L. 8. § 3. D. *de precar.* (43. 26.) L. 1. § 5. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 226. D. *de V. S.* (50. 16.) Non pertanto l'assimilazione non dee intendersi in modo che assolutamente tutte le conseguenze del *dolus* abbiano luogo anche nella *culpa*

sabilità per la colpa lieve, che nelle fonti ordinariamente viene indicata con l'espressione che alcuno sia tenuto alla diligenza (14), o che oltre del dolo debba rispondere anche per la colpa (15), o che debba riparare ogni mancanza, *omnem culpam* (16), non ha luogo se non A. per colui che nella relazione giuridica, nella quale ha commesso la colpa, cerca il suo proprio vantaggio (17), e non per colui che ha avuto per iscopo solo l'utilità altrui (18), eccetto B. quando egli si abbia assunta la cura delle cose o degli affari altrui (19). Intanto in alcuni casi la risponsabilità per la colpa lieve è subordinata alla condizione che alcuno (e ciò si presume fino alla prova del contrario) sia solito di comportarsi da diligente padre di famiglia ne' suoi affari, cosicchè la colpa lieve apparisca come una mancanza di quella diligenza che adopera nelle sue cose, *diligentia quam in suis rebus*, o, ciò che torna lo stesso, come una *negligentia in suis rebus non consueta*. Questa indulgenza ha luogo in favore di coloro, i quali amministrano affari o interessi comuni (20), ovvero hanno assunta la cura degli affari altrui non per loro spontanea volontà ma per una necessità di diritto (21). Ma chiunque o condizionalmente o senza condizione è tenuto alla *diligenza* in senso stretto, e quindi dee rispondere anche delle mancanze lievi, quando si tratta di una cosa mobile è pure te-

lata, il che dirsi non è. L. 7. D. ad L. Corn. *de sicar.* (48. 8.) § 6. J. *de suspect. tut.* (1. 26.) L. 3. § 18. D. eod. (26. 10.)

(14) L. 14. D. *de pign. act.* (13. 7.) § 1. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 24. C. *de usur.* (4. 32.) L. 68. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 2. § 1. D. *de [illegible]* (12. 6.) L. 6. D. *de adm. rer. ad civ. pert.* (50. 8.)

(15) L. 5. § 2. D. *Commod.* (13. 6.) L. 31. L. 36. § 1. L. 45. L. 54. D. *de [illegible]* (6. 1.)

(16) L. 13. C. *mand.* (4. 35.) L. 31. § 12. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(17) L. 5. § 2. L. 10. § 1. L. 18. pr. D. *commod.* (13. 6.) L. 108. § 12. D. *de legat.* I. (30.) L. 63. § 5. D. *de furt.* (47. 2.) L. 23. D. de R. J. (50. 17.) Alcuni degli antichi giureconsulti rom. volevano ammetter solo la risponsabilità pel *dolus* e per la *culpa lata* in quelle relazioni giuridiche in cui amendue le parti cercavano il loro utile L. 18. pr. D. *commod.* (13. 6.)

(18) L. 1. § 6. 7. 47. D. *depos.* (16. 3.) L. 17. § 1. 2. D. *praescript. verb.* (19. 5.) L. 10. § 1. L. 12. pr. D. *comm.* (13. 6.) L. 108. § 12. D. *de legat.* I. (30.)

(19) § 1. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 1. pr. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 23. D. de R. J. (50. 17.) L. 24. C. *de usur.* (4. 32.) L. 13. L. 21. C. *mandati* (4. 35.) L. 7. C. *Arbitr. tut.* (5. 51.)

(20) L. 25. § 16. D. *famil. hercisc.* (10. 2.) L. 72. D. *pro soc.* (17. 2.) § 9. J. *de societate* (3. 25.)

(21) L. 1. pr. D. de tut. act. (27. 3.) L. 10. L. 33. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.) confr. con la L. 55. § 3. L. 87. D. *de furt.* (47. 2.); *Hasse* l. c. § 71-75.

nuto alla *custodia* (22), cioè a guardare e garentire la cosa dagli altrui attentati, e quindi in caso di furto o di danneggiamento per opera di un terzo, egli ne è risponsabile, e porta il *periculum rei* non altramente che se egli ne fosse colpevole (23), quando però non dimostri che non gli si possa affatto imputare alcuna mancanza di cura nel custodirla (24). Per le cose immobili ciò non avviene senza avere espressamente assunto il carico della *custodia* (25), e neppure in quelle relazioni di dritto, nelle quali in generale si è risponsabile solo pel *dolus* e per la *culpa lata* (26); e per rispetto alle cose mobili si faceva anche un' eccezione per gli schiavi (27), la quale Giustiniano seguitando l'opinione certamente inesatta di molti estese pel contratto di vendita a tutte le cose (28). Del rimanente il ritardo, *mora* nell'adempimento delle obbligazioni può far deviare dalle predette regole (29), le quali possono anche da una special convenzione esser modificate (30); solamente non avrebbe alcun valore il patto, col quale alcuno anticipatamente stabilisse di non dover rispondere del proprio dolo (31). Inoltre ne' casi in cui alcuno o in tutto non è risponsabile per le lievi mancanze, o solo condizionalmente ne risponde, può l'applicazione della *lex Aquilia* produrre una più stretta risponsabilità, quando la mancanza

(22) *Elvers.* l. c. p. 19. seg. Talvolta si usa anche *diligentia* in senso di *custodia* L. 5. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 3. D. *de peric.* (18. 6.) L. 47. § 5. D. *de legat.* I. (30.) L. 23. D. de R. J. (50. 17.) Ma è un pleonasmo quando la L. 5. § 15. D. *commod.* (13. 6.) usa le espressioni di praestare dolum et culpam et *diligentiam et custodiam*.

(23) § 5. J. *de locat.* (3. 24.) L. 1. § 7. L. 2. D. *usufr. quemad cav.* (7. 9.) L. 10. § 1. L. 13. § 1. D. *commod.* (13. 6.) L. 52. § 3. D. *pro soc.* (17. 2.) L. 3. D. *de peric.* (18. 6.) L. 5. § 22. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.) L. 14. pr. D. *de furt.* (47. 2.) L. 1. § 4. D. *furti adv. naut.* (47. 5.) L. 40. L. 41. D. *locati* (19. 2.) L. 1. C. eod. (4. 65.) L. 19. C. *de pignor.* 8. 14.); Collat. X. § 9.

(24) L. 35. § 4. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 19. L. 20. D. *commod.* (13. 6.) L. 31. pr. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 25. § 7. D. *locati* (19. 2.) L. 14. pr. D. *de furtis* (47. 2.) L. 50. D. de R. J. (50. 17.) L. 13. § 1. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 6. C. eod. (4. 24.)

(25) L. 11. D. *de peric.* (18. 6.) L. 55. pr. L. 60. § 9. D. *locati* (19. 2.) L. 4. L. 4. C. eod. (4. 65.) Non si oppone la L. 25. § 4. D. eod.

(26) L. 1. § 12. 35. D. *depos.* (16. 3.)

(27) L. 21. D. *de R. V.* (6. 1.) L. 5. § 6. D. commod. (13. 6.)

(28) § 3. J. *de empt. vend.* (3. 23.); Theoph. ad h. l.

(29) L. 5. L. 17. D. *de peric.* (18. 6.) L. 9. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 14. § 11. D. *de furt.* (47. 2.) L. 72. pr. D. *de solut.* (46. 3.)

(30) L. 1. § 6. 10. D. *depos.* (16. 3.) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.)

(31) L. 27. § 3. D. *de pact.* (2. 14.) L. 1. § 7. D. *depos.* (16. 3.)

[illegible] della colpa aquilia (32) i [illegible] dei casi ne' quali per ragioni positive [illegible] si applicano i principj generali (33).

7) Dei danni fortuiti o casus (1).

§. [illegible] Per opposizione alla *culpa* in ampio senso, gli avvenimenti dannosi, i quali non si possono imputare a colpa di alcuno si chiamano infortunii, o disgrazia casuale, *casus*, o *damnum fatale*, *vis major*. A questi appartengono in prima tutti i danni che non provengono dai fatti dell' uomo, ed anche quelle azioni dannose che non possono imputarsi al loro autore, sia perchè gli manchi la volontà necessaria alla imputazione (1), sia perchè non gli si possa rimproverare niuna colpa (2), ed oltre a ciò in un senso relativo per rispetto a chi è tenuto alla custodia, anche quelle azioni de' terzi che egli non ha potuto impedire (3). Il rischio di patire un danno per un accidente chiamasi principalmente *periculum* (4), e per questo rapporto vale di regola che colui, la cui persona o cosa, o il cui diritto è stato colpito da un avvenimento, egli stesso dee portarne il danno, appunto perchè niun altro ne è responsabile (5). Però deesi trattare di un puro caso. Imperocchè nel così detto *casus mixtus*, cioè quando in un'azione contraria

(32) Particolari intorno a ciò si esporranno nell' *actio legis Aquiliae* nel diritto di obbligazioni.

(33) p. es. quando il *Mensor* è responsabile solo per la *culpa lata*. L. 1. §. 1. D. *si mensor* (11. 6.), e del pari il *Praecista* L. 8. § 3. D. *de precar*. (43. 26.)

(1) J. C. *Brandenburg* de damno casuali Goett. 1783. 8.; Wächter nell' archiv. per la prat. civ. Vol. XV. No. 6.

(1) § 39. Nota 4. e § 40 Nota 3.

(2) § 41. Nota 11.

(3) § 41. Nota 24.

(4) L. 7. § 15. D. *de pact*. (2 14.) L. 9. § 9. D. *de reb. cred*. (12. 1.) L. 1. § 35. D. *depos*. (16. 3.) L. 1. pr. L. 4. L. 8. pr. L. 10. pr. L. 12. L. 13. § 1. D. *de peric*. (18. 6.) L. 17. § 1. D. *de praescript. verb*. (19. 5.) Nondimeno talvolta il *periculum* si estende anche al rischio de' danni che si debbono evitare con la *custodia* L. 13. § 1. D. *comm*. (13. 6.) L. 1. § 35. D. *de peric*. (16. 3.) L. 25. D. *pro soc*. (17. 2.) L. 36. L. 40. D. *locat*. (19. 2.) L. 39. § 12. L. 40. D. *de adm. tut*. (26. 7.) L. 13. § 1. D. *de libet. caus*. (40. 12.) L. 14. pr. § 16. 17. D. *de furt*. (47. 2.) L. 1. § 4. D. *furti adv. naut*. (47. 5.) L. 1. 2. 4. 5. C. *de peric. tut*. (5. 38.)

(5) § 2. 3. J. *quib. mod*. re (3. 14.) L. 5. § 2. L. 10. § 7. L. 31. D. *quib. mod. ususfr*. (7. 4.) L. 14. § 1. D. *depos*. (16. 3.) L. 8. pr. D. *quib. mod. pign*. (20. 6.) L. 23. D. *de R. J*. (50. 17.) L. 6. C. *de pign. act*. (4. 24.) L. 4. C. *de peric. tut*. (5. 38.) I pratici sogliono esprimer questa regola con la frase : *casum sentit dominus*, la quale per verità si accomoda bene solo al proprietario.

al dritto, ed in generale in una precedente colpa di alcuno sta la cagione per cui la disgrazia è avvenuta, o almeno è avvenuta in un determinato modo, il danno si dee riguardare come in tutto da lui cagionato (6). Ma non solo può alcuno per via di convenzioni assumere il pericolo della disgrazia (7), nel qual caso non vi è nessun motivo di limitare, nel dubbio, un tal patto ai soli casi fortuiti ordinarii (8); ma vi sono ancora delle circostanze, nelle quali alcuno è tenuto per legge di ristorare un danno puramente fortuito a colui che lo ha patito (9), ovvero la perdita almeno mediatamente si fa gravare sopra un altro (10).

4) *Conseguenze degli atti illeciti.*

§. 43. Le conseguenze degli atti illeciti si possono ridurre a tre classi.

1° Talvolta ad essi va annessa una perdita di dritto (1), tale è fra gli altri il caso in cui producono una *minutio existimationis* (2).

2° Più ordinariamente si trova che vi sono stabilite delle proprie pene, cioè un male che alcuno vien condannato a soffrire per sentenza del giudice, nel qual caso il fatto vien chiamato delitto (3). Queste pene possono esser di due sorte: o private, *poenae privatae*, quando consistono in una ammenda da pagarsi all' offeso indipendentemente dal ristoro del danno (4), o pubbliche, *poenae publicae*, quando sono una

(6) § 2. J. *quib. mod. re.* (3. 14.) § 3. J. *de empt. vend.* (3. 24.) L. 22. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 40. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 15. § 3. L. 16. D. *de rei vind.* (6. 1. L. 30. § 3. D. *de L. Aquil.* (9. 2.) L. 5. § 4. 7. L. 18. pr. D. *commod.* (13. 6.) L. 11. § 1. D. *locat.* (19. 2.) L. 15. D. *de vi* (43. 16.) L. 1. § 4. D. de O. et A. (44. 7.) L. 49. § 4. D. *de furt.* (47. 2.) L. 9. C. *de pign. act.* (4. 24.) L. 3. C. *de peric. tut.* (5. 38.)

(7) L. 1. § 35. D. *depos.* (16. 3.) L. 9. § 2. D. *locat.* (19. 2.) L. 23. D. de R. J. (50. 17.) L. 7. § 15. D. *de pact.* (2. 14.)

(8) L. 78. §. 2. D. *de contr. empt.* (18. 1.) C. *Otto* Diss. de praestat. casuum solitor. et insolitorum in Diss. jur. publ. et priv. Traj. ad Rhen. 1723. 4. Nr. 6.

(9) L. 2. C. *de peric. rei vend.* (4. 48.) L. 12. § 3. D. *depos.* (16. 3.) L. 26. § 2. D. *sol. matrim.* (24. 3.) L. 108. § 11. D. *de legat.* I. (30.) L. 73. pr. D. *de solut.* (46. 3.) L. 4. pr. D. *si quadrup.* (9. 1.)

(10) p. es. quando il venditore può richiedere il prezzo anche per la cosa perita § 3. J. *de empt. vend.* (3. 24.)

(1) L. 7. D. ad L. Jul. *de vi priv.* (48. 7.) L. 7. C. *unde vi* (8. 4.) L. 3. C. *de sepulchro viol.* (9. 19.) Nov. 52. c. 1. Nov. 60. c. 1. Nov. 134. c. 7. Nov. 72. c. 8. L. 10. C. *de legit. hered.* (6. 58.) § 6. J. ad Sct. Tertull. (3. 3.)

(2) V. sopra § 16.

(3) L. 131. L. 244. D. de V. S. (50. 16.)

(4) § 18. J. *de act.* (4. 6.)

utilità immediata dell'offeso, vengono imposte soltanto a ragione del bene pubblico (5), e fra queste si annoverano anche le multe da pagarsi al tesoro pubblico (6). Fra le pene pubbliche si notano come pene capitali, poenae capitales, la pena di morte, e la morte civile, nella quale s'incorre per la capitis deminutio maxima e media (7). Non pertanto l'espressione di pene capitali in una significazione più ampia comprende anche le semplici diminuzioni di onore. Or i delitti secondo la diversità della punizione si dividono anche in *delicta privata* e *delicta publica* o *crimina* (8), i quali ultimi si suddividono in *crimina capitalia*, e *non capitalia* (9).

3° Ma la conseguenza più generale degli atti illeciti è l'obbligazione di riparare la violazione di dritto sia immediatamente, rimettendo, se è possibile, le cose nello stato primiero, sia mediatamente, dando un'indennità in danaro, *praestatio damni* (10). L'obbligazione a ristorare il danno può per verità esser fondata sopra altre ragioni (11), ma per lo più è fondata sulla ragione che alcuno abbia cagionato la violazione di dritto che altri ha sofferto; ma presuppone sempre che il pregiudizio da ripararsi sia un danno *damnum* nello stretto senso, cioè valutabile in danaro (12). L'ammontare del danno valutato in danaro dicesi interesse, *id quod interest* s. *quanti res est* (13). Questo può limitarsi semplicemente al valore della cosa danneggiata, tolta, o distrutta, *vera rei aestimatio* (14), ma può anche ascendere a

(5) L. 1. D. *de publ. jud.* (48. 1.)

(6) V. i luoghi cit. nella Nota 3.

(7) L. 103. D. *de* V. S. (50. 16.) L. 2. pr. L. 28. pr. D. *de poen.* (48. 19.) L. 18. C. *de transact.* (2. 3.)

(8) Su questa opposizione è fondata la classificazione de' delitti nel lib. 47 e 48. delle Pandette.

(9) L. 2. D. *de publ. jud.* (48. 1.) L. 18. C. *de transact.* (2. 2.)

(10) F. Schömann Teoria del risarcimento del danno 2. vol. Giessen e Wetzlar 1806. F. Hänel Saggio di una breve e chiara esposizione della teorica del risarcimento del danno Lipsia 1827. 8.; *Wening* la teoria del risarcimento del danno secondo il dritto Rom. Heidel C. 1841. 8.

(11) § 42. Nota 7. e 9.

(12) L. 3. D. *de damno inf.* (39. 2.) confr. con la L. 3. D. *si quadrup.* (9. 1.) L. 7. pr. D. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 7. D. *de his qui effud.* (9. 3.)

(13) L. 21. § 2. L. 22. pr. D. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 68. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 14. § 7. D. *quod met.* caus. (4. 2.) L. 3. § 11. D. *uti poss.* (43. 17.) L. 11. D. *de stip. praet.* (46. 5.) L. 8. § 2. D. *ratam rem hab.* (46. 8.) *Savigny* Sistema vol. V. agg. XII.

(14) L. 1. § 10. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 179. L. 193. D. *de* V. S. (50. 16.)

molto di più (15), imperocchè, per regola, dee risarcirsi non solamente quel danno che è l'effetto immediato del fatto dannoso, ma anche quello che vi si rannoda come conseguenza, in quanto apparisca esserne una vera conseguenza inevitabile, un *damnum circa rem* (16), ed ancora l'indennità si deve non solo per la diminuzione del patrimonio attuale, *damnum emergens*, ma anche per la perdita di un vantaggio o guadagno che senza quell'avvenimento sarebbesi fatto, *lucrum cessans* (17). Al contrario sol per eccezione si può tener conto di quel valore individuale, *pretium affectionis*, che il danneggiato per qualsivoglia ragione attribuisca alla cosa (18), e del pari si fa un'eccezione alla regola quando il danneggiato, invece di dimostrare regolarmente l'ammontare del suo interesse, viene ammesso a farne la valutazione con un giuramento, *juramentum in litem*, cioè a giurare, senza farne una particolare specifica, a quanto egli valuti il danno (19). A cagione dell'abuso che si potrebbe facilmente fare, questa maniera di determinare l'interesse è limitata a determinati casi (20), ne' quali si richiede inoltre che il danno sia fondato sopra il dolo o la colpa grave, *dolus*, *culpa lata* (21), ed al giudice si appartiene anche il dritto di moderare la fatta valutazione (22). Il ristoro del danno è soggetto ad una speciale limitazione

(15) [illegible] D. *de act. empt.* (19. 1.) [illegible] L. 68. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(16) § 10. I. *de L. Aquil.* (4. 3.) L. 22. § 1. D. eod. (9. 2.) L. 45. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 13. § 1. 2. L. 21. § 3. D. *de act. empt.* (19. 1.)

(17) L. 23. pr. § 2. D. *ad L. Aquil.* (9. 2. L. 8. § 8. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 2. § 8. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 8. L. 70. D. *de evict.* (21. 2.) L. 2. § 10-12. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.) L. 1. § 41. D. *de vi* (43. 16.). L. 13. § 1. D. *ratam rem hab* (46. 8.) L. un. C. *de sent. quae pro eo quod interest* (7. 47.) Si trovano delle eccezioni nelle L. 73. § 1. D. *de furt.* (47. 2.) L. 19. D. *de peric.* (18. 6.) L. 2. § 4. D. *de lege Rhod. de jactu* (14. 2.)

(18) L. 33. pr. D. *Ad L. Aq.* (9. 2.) L. 54. D. *mand.* (17. 1.) L. 63. pr. D. ad L. Falc. 35. 2.)

(19) *Vinnii* Sel. quaest. II. 37. 38.; Donelli Comment. *jur. civ.* XXVI. 6-12. *Wirschinger* Saggio di una nuova teoria sul *jur. in litem* Landshut 1806.; *Drummer* Teoria del giuramento estimatorio Bamborg e Würzb. 1806. 8.; *Gensler* nell'archiv. per la prat. civ. vol. IV. Nr. 22.

(20) L. 18. pr. D. *de dolo* (4. 2.) L. 68. D. *de rei vindic.* (6. 1.) L. 7. pr. D. *si serv. vind.* (8. 5.) L. 3. § 2. L. 2. § 2. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 5. pr. L. 10. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) L. 3. § 2. D. *comm.* (13. 6.) confr. con la L. 3. L. 5. § 4. L. 6. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) L. 5. pr. D. *depos.* (16. 3.)

(21) L. 2. § 1. L. 4. § 4. L. 5. § 3. L. 8. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) L. 1. L. 2. C. eod. (5. 53.)

(22) L. 4. § 2. 3. L. 5. § 1. 2. D. eod. L. 18. pr. D. *de dolo* (4. 3.)

quando si presenta solo come un interesse accessorio allato ad un dritto sopra un determinato oggetto, nel qual caso la somma dell'interesse, secondo le prescrizioni di Giustiniano non può superare il doppio del valore dell'oggetto principale che si domanda (25).

CAPITOLO IV.

DEL PATRIMONIO

II. Cose.

§ 14. Per opposizione alle persone tutti i corpi, inclusi anche gli schiavi, che possono esser soggetti al dominio ed all'uso degli uomini diconsi cose, res. Tra le innumerevoli diversità delle cose la maggior parte son qui indifferenti, nondimeno ne abbiamo a notare alcune a cagione della loro influenza giuridica.

I. Cose mobili, ed immobili, *res mobiles et immobiles*, *res soli* (1). Naturalmente soltanto il suolo è immobile, ma si riguarda come parte del suolo, *solo cedit* (2) non solo tutto ciò che si trova nella terra, ma ancora ciocchè è inerente alla superficie *superficies* (3), cioè i prodotti, le piante d'ogni maniera quando han messo radice e fino a che sono attaccate alle radici (4), e gli edifizi e lavori di arte fissati nel suolo (5), quando non son fatti solo per uno scopo transitorio (6). S'in-

(25) L. un. C. *de sent. quae pro eo quod interest* (7. 47.) Portano opinioni molto diverse su questa legge veramente ambigua il Cujac. Observ. IX. 31. *Donell.* Comm. jur. civ. XXVI. 20.; Hänel. l. c. § 85. — Schömann manuale di dr. civ. parte 2. p. 137. — *Glück.* Sistema delle Pandette Vol. 4. § 333.

(1) L. 7. § 4. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 15. § 2. D. *de re jud.* (42. 1.)

(2) L. 9. § 2. 3. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 11. pr. D. *quod vi aut clam* (43. 24.) L. 4. L. 11. C. *de serv. et de aqua* (3. 34.)

(3) Gai. II. 73. L. 13. pr. L. 20. pr. D. *de serv. praed. rust.* (8. 2.) L. 2. D. *de superf.* (43. 18.)

(4) § 31. 32. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 5. § 3. L. 44. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 13. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 40. D. *de act. empt.* (19. 1.) L. 26. § 2. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 63. § 8. D. *de furt.* (47. 2.) L. 11. C. *de rei vind.* (3. 32.)

(5) § 29. 30. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 17. D. *commun. praed.* (8. 4.) L. 21. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 15. § 2. D. *de instr. leg.* (33. 7.) L. 7. § 10. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 2. C. *de rei vind.* (6. 1.) Nov. 7. prooem. Quindi anche la frase: « *aedes ex solo et aedificio consistunt* » L. 23. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 49. pr. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(6) L. 17. pr. D. *de act. empti* (19. 1.)

tendono per fondi, *praedia* non solamente i terreni ed i campi *praedia rustica*, ma anche gli edifizi *praedia urbana* (7). Questi ultimi se son destinati all' abitazione, in città si chiamano *aedes*, in campagna *villae* (8), se poi servono alla economia rurale si dicono *praedia suburbana* (9), e quando sono separati da altri edifizi diconsi *insulae* (10). *Locus* ha la stessa significazione di *praedium*, mentre *ager* in senso stretto indica solo un terreno aratorio, *fundus* un determinato campo o podere, e *possessiones* significano estesi tratti di terreno che si trovano in possesso di alcuno, il perchè si chiamano anche *latifundia* (11). La distinzione di *agri limitati* s. *assignati*, ed *arcifinii* (12) si riferiva alla circostanza se il campo era stato misurato e distribuito da parte dello Stato, il che i Romani facevano con certe particolari forme, ovvero no (13). Tutte le cose non congiunte al suolo ne' sopradetti modi sono mobili, anche gli edifizi staccati (14) (a). A nulla monta che le cose si possano staccare dal suolo senza danno, o anche che sieno destinate ad esserne separate, ciò non si prende in considerazione finchè l' unione dura (15). Una specie principale delle cose mobili son quelle che da sè stesse si muovono, *res sese moventes* s. *moventia*, cioè gli schiavi e gli animali (16), e questi si dividono in animali domestici o mansueti, *animalia mansueta*, animali selvatichi, *ferae* s. *bestiae*, ed animali mansuefatti, *ferae mansuefactae*, de' quali ultimi è proprio che l' uomo li

(7) L. 115. D. *de* V. S. (50. 16.) § 1. J. *de serv.* (2. 3.); Ulp. XIX. 1.; Isidor. Orig. XV. (12. 13.)

(8) L. 211. D. *de* V. S. (50.16.) Nondimeno si parla anche di *aedes rusticae* L. 41. § 5. D. *de legat*. I. (30.)

(9) L. 1. L. 3. § 1. L. 11. L. 14. D. *de reb. cor. qui sub tut*. (27. 9.) L. 16. C. *de praed. et al. reb. minor*. (5. 71.)

(10) L. 30. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 91. § 6. D. *de legat*. III. (32.)

(11) L. 60. L. 115. L. 211. D. *de* V. S. (50. 16.) L. 21. § 2. 3. D. *de legat*. I. (30.) *Fest*. p. *Possessiones*; *Isid*. Orig. XV. 13. confr. con *Plin*. H. N. XVIII. 6.; *Seneca* Epist. 88.

(12) L. 16. D. *de adq. rer. dom*. (41. 1.) L. 1. § 6. D. *de flum*. (43. 12.) Rei agr. auctores ed. *Goesius* p. 3. 15. 38. 150, 152.; *Fest*. p. *limitatus*; Isid. Orig. XV. 14-16.

(13) *Klenze*. Il territorio Rom. e la limitazione, nel suo trattato filologico. Berl. 1839. 8. p. 106. seg. Niebuhr St. R. vol. II. p. 694. seg.

(14) L. 60. D. *de adq. rer. dom*. (41. 1.) L. 18. pr. D. *de act. empti*. (19. 1.)

(15) § 32, 36. J. *de rer. div*. (2. 1.) L. 44. D. *de rei vind*. (6. 1.) L. 3. § 10. L. 40. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 16. pr. D. *praescr. verb*. (19. 5.) L. 6. D. *de don*. (39. 5.)

(16) L. 93. D. *de* V. S. (50. 16.)

(a) Per esempio un edifizio di legno. (*Nota del Trad.*)

lasci andare e venir liberamente (17), e tra gli animali si distinguono anche in più rapporti gli animali da tiro e da soma, *jumenta* s. *quadrupedes quae collo dorsove domantur* (18), e i quadrupedi che si tengono a gregge, *pecudes* (19).

2.° Cose *fungibili* e *non fungibili*, *res fungibiles et non fungibiles*. Le prime son le cose che nel commercio si valutano secondo la misura, il numero, e il peso, *quae pondere, numero, mensura constant* (20), le seconde son quelle cose, per le quali ordinariamente si guarda all' individuo, *species* s. *corpus* (21). Or poichè nelle prime, alle quali appartiene anche il danaro (22), eguali quantità della stessa specie si debbono riguardare come egualmente buone (23), così si dice di esse, che le cose della medesima specie possono rappresentarsi e sostituirsi a vicenda, *functionem in genere suo recipiunt* (24), il che ha dato origine a quelle denominazioni che tuttora rimangono (25). Ma l' opposizione però non è assoluta, giacchè anche le cose fungibili possono esser riguardate come non fungibili, e viceversa (26).

3.° Cose che si consumano, *quae usu consumuntur et minuuntur* s. *quarum usus consistit in abusu*, per le quali s' intendono quelle cose, dalle quali, secondo l'uso che loro è proprio, non si può trarre utilità senza consumarle spendendole, alienandole o distruggendole (27). La maggior parte delle cose fungibili si consumano anche con l' uso, ma non tutte; mentre da un' altra parte anche molte cose non fungibili appartengono alla classe di quelle che si consumano (28).

(17) § 12-16. J. *de rer. div.* (2. 1.); Ulp. XIX. 11.; Goj. II. 16.

(18) Ulp. l. c.; Goj. II. 15.

(19) L. 65. § 4. D. *de legat.* III. (32.) L. 2. L. 29. § 6. D. ad L. Aq. (9. 2.)

(20) pr. J. *quib. mod. re* (3. 4.) L. 2. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 42. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 30. pr. D. *de leg.* I. (30.) L. 1. § 7. D. Ad. L. Falc. (35. 2.)

(21) L. 30. [illegible] D. *de leg.* I. (30.) L. 1. § 7. D. Ad L. Falc. (35. 2.) L. 94. pr. D. [illegible] (46. 1.)

(22) § pr. J. *quib. mod. re* (3. 4.)

(23) L. 1. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(24) L. 2. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(25) Alciato deve essere stato il primo ad inventare l' espressione *res fungibiles* e non fungibiles.

(26) L. 3. § 6. L. 4. D. *commod.* (13. 6.) L. 24. D. *depos.* (16. 3.) L. 55. D. *de solut.* (46. 3.) L. 18. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(27) § 2. J. *de usufr.* (2. 4.) L. 1. L. 2. L. 5. L. 7. L. 11. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5.) L. 3. § 6. D. *commod.* (13. 6.)

(28) p. es. gli animali da macello.

1) *Nozione, ed oggetti del patrimonio.*

§ 45. Giacchè le cose sono il mezzo principale per la sussistenza degli uomini e pel conseguimento de' loro scopi, è necessità che nella società civile vi siano delle regole intorno alla loro distribuzione. Attenersi al solo possesso, cioè al dominio di fatto di una persona sopra una cosa sarebbe stato lo stesso che sanzionare il dritto del più forte; un'immediata distribuzione da parte dello Stato, con la quale si dessero a ciascuno le cose secondo il merito ed il bisogno individuale, sarebbe stata impossibile ad attuarsi in grande. Dunque non vi rimaneva altro se non che lo Stato avesse determinato il mezzo ed il modo come gli uomini possano acquistare le cose, ed avesse protetto come legittimo padrone delle cose colui che abbia per sè un modo legale di acquisto; ma ciò da una parte lascia a ciascuno di acquistare per un modo legittimo quante cose egli sa o può, e dall'altra gli permette di servirsi esclusivamente ed a suo senno delle cose acquistate. Da questo risulta il concetto della proprietà *dominium*, come un dominio esclusivo e pieno e legittimamente acquistato di una persona sopra una cosa. Or tutto il complesso delle cose sulle quali una persona ha il dritto di proprietà forma il suo patrimonio in senso stretto, *bona* (1), *patrimonium*, *facultates*, *substantia*, *familia*, *res familiares*. Non pertanto anche parecchi dritti, i quali del pari che le cose servono principalmente come mezzi per gli scopi esteriori dell' uomo, sono del pari annoverati nel patrimonio, e quindi indicati parimente come *res*, sul che è fondata la divisione degli oggetti del patrimonio in *res corporales*, cioè cose, e *res incorporales* s. *quae tangi non possunt*, cioè dritti (2). In questi son compresi :

1.° I dritti sulle cose altrui *jura in re*. Dalla proprietà si possono smembrare più o meno facoltà, e formarne de'dritti separati in favore di un altro, il quale allora sotto un certo rapporto può sembrare come padrone della cosa insieme col proprietario, ed è da esso indipendente, cosicchè anche quando sopravviene un nuovo proprietario egli

(1) *Bona* in senso stretto significa solo il patrimonio depurato da' debiti L. 11. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 39. § 1. L. 49. L. 83. D. V. S. (50. 16.) Del resto qui s' intende per proprietà anche il romano *in bonis esse*.

(2) § un. J. *de reb. incorp.* (2. 2.) L. 1. § 1. D. *de rer. div.* (1. 8.) *Cic. Top.* c. 5. Gli altri dritti diversi da' dritti del patrimonio non son mai chiamati *res incorporales*, ed è un' inconseguenza quando ne' luoghi citati il patrimonio stesso si chiama una *res incorporalis*, quantunque esso non sia un obbietto particolare del patrimonio *res*.

conserva tuttavia il suo dritto sulla cosa. Questi dritti come elementi della proprietà che per essi vien limitata, talvolta si appellano anche *dominium* (3); ed ora si sogliono comprendere insieme con la proprietà sotto il nome di dritti reali. Tre di questi, il dritto di pegno, *jus pignoris s. hypothecae*, il dritto ereditario di godimento su di un edificio altrui, *jus in superficie*, e la locazione ereditaria, *emphyteusis* riconoscono la prima loro origine e lo svolgimento dall' editto pretorio e dalle costituzioni imperiali; ma le servitù hanno origine fin dall'antico dritto civile, il che mostra che *servitus* fu l' antica denominazione pel *jus in re*; imperocchè sotto di essa si comprendono due dritti essenzialmente diversi, le servitù personali, *servitutes personarum* s. *ususfructus et usus*, e le servitù reali, *jura* s. *servitutes praediorum*, delle quali ci ha anche due specie, le servitù de' fondi rustici, *jura praediorum rusticorum* le quali sono le più antiche, e le servitù dei fondi urbani, *jura praediorum urbanorum*.

2.° I dritti di obbligazione. In molto varie guise può tra più persone formarsi una relazione giuridica diretta ad un determinato dare o fare, *dare vel facere*; in cosiffatta relazione colui al quale la prestazione è imposta appellasi debitore, *debitor*, e l' altro, creditore, *creditor*, l' obbligazione del debitore dicesi *debito*, ed il correlativo dritto del creditore, *credito*. Nel dritto romano l' opposizione di debito e credito vien talvolta espressa con le parole *obligatio* ed *actio* (4); non pertanto *obligatio* nella sua propria significazione (5) non esprime solo il debito, ma tutta la relazione giuridica, sulla quale il medesimo è fondato (6), come un' espressione figurata che dinota il vincolo giuridico che lega il creditore e il debitore (7); e quindi per essa viene an-

(3) L. 3. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 8. pr. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(4) § 1. J. *de act.* (4. 6.) L. 7. pr. § 1—4. D. *de pact.* (2. 14.) L. 6. 25. 40. 44. 51. D. de O. et A. (44. 7.) L. 9. § 3. D. *de injur.* (47. 10.).

(5) Questa espressione è impropriamente adoperata in ispezialtà quando anche una scrittura di obbligo appellasi *obligatio* L. 7. C. *de non num. pec.* (4. 30.) L. 1. § 4. C. Th. *si certum pet.* (2. 27.), come pure l'oppignorazione di una cosa L. 28. § 1. D. ad Sct. *Vellej.* (16. 1.) L. 6. L. 8. L. 26. § 1. L. 29. pr. L. 34. § 1. D. *de pign.* (20. 1.) L. 21. pr. D. *qui pot.* (20. 4.) L. 11. D. *de distr. pign.* (20. 5.) Confr. *Niedel* nel Mag. civ. di *Hugo* vol. V. No. 3.

(6) Pr. J. *de obl.* (3. 12.) L. 3. pr. D. de O. et A. (44. 7.) L. 46. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 95. pr. L. 80. D. ad Sct. Treb. (36. 1.) L. 71. pr. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 95. § 2. D. *de solut.* (46. 3.) L. 42. § 2. D. *de procur.* (3. 3.).

(7) Con ciò stanno in relazione anche le espressioni *contrahere* e *solvere obligationem*, del pari che *liberatio debitoris*, come corrispondenti maniere figurate di dire.

che indicata la relazione giuridica del creditore (8). Una parola usata così pei debiti come pei crediti è *nomina* (9).

3.° Gl' impieghi di dritto privato, *militiae*. Nel dritto romano nuovissimo troviamo alcuni impieghi, i quali perchè principalmente valgono come mezzi di acquisto (giacchè i doveri dell' ufficio vi son considerati come cosa subordinata in secondo luogo, e però poco importa della persona che l' esercita) son riguardati come una proprietà del possessore, e per conseguenza son trattati come cose che si trovano in proprietà (10). Per verità non si trovano altre parti costitutive del patrimonio, ma per questo il novero de' dritti patrimoniali non è chiuso (11), ed ancora molti dritti mediatamente si rannodano al patrimonio (12).

III. DIVISIONI DEGLI OGGETTI DEL PATRIMONIO.

1) *Res dividuae et individuae.*

§ 46. Oltre della divisione principale degli oggetti del patrimonio in *res corporales et incorporales* ce ne ha pure un altro pajo che riguardano amendue queste specie. In fatti così le cose come i dritti patrimoniali si distinguono in divisibili ed indivisibili, *res dividuae et individuae*. 1.° Le cose solo allora son divisibili nel senso legale quando si possono dividere in parti, le quali sieno della medesima specie che

(8) § 1. *de duob. reis* (3. 16.) L. 2. § 8. L. 19. D. *de her. vend.* (18. 4.) L. 31. § 4. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 10. § 22. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.) L. 30. D. *de* O. et A. (44. 7.) L. 76. pr. L. 126. D. de V. O. (45. 1.) L. 13. D. *de duob. reis* (45. 2.) L. 12. D. *de stip. serv.* (45. 3.) L. 31. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) L. 34. § 1. 6. L. 98. D. *de solut.* (46. 3.) L. 29. § 1. 2. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 21. D. *de V. S.* (50. 16.) In ispezialità l' ottenere un dritto di obbligazione innumerevoli volte viene espresso con la frase *adquirere obligationem* p. es. nel § 1. J. *de adq. per arrog.* (3. 10.) § 4. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 9. § 8. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(9) La ragione di ciò stava ne' libri di conto degli antichi Romani, ne' quali si trovavano del pari i nomi de' creditori e de' debitori. *Cic.* in Verr. II. 1. c. 36. 39. 49. *de offic.* III. 14. *ad Att.* IV. 18.; *Seneca de benef.* III. 15.

(10) L. 52. § 2. D. *de act. empti.* (19. 1.) L. 22. D. *de legat.* II. (31.) L. 6. § 3. C. *de adv. div. jud.* (2. 8.) L. 30. § ult. C. *de inoff. test.* (3. 28.) L. 20. C. *de collat.* (6. 20.) L. 27. C. *de pign.* (8. 14.) L. ult. C. *de silent.* (12. 16.) L. 11. C. *de prox. sacr. scrin.* (12. 19.) L. 3. C. *qui milit.* (12. 34.) Nov. 35. Nov. 53. c. 5. Nov. 97. c. 4.

(11) Al presente apparterrebbe a questi anche il dritto del Vassallo al feudo, un privilegio utile e la parte che uno ha in una miniera, quando non sia proprietario del suolo.

(12) Dritti di possesso, dritti di eccezione, dritti di successione, etc.

il tutto, e ne differiscano solo per la quantità, altrimente sono indivisibili (1) 2.° I dritti poi son divisibili in quanto sia possibile una perdita parziale de' medesimi (2); o se appartengono a più persone, possano concepirsi delle parti determinate per ciascuna di esse (3); al contrario sono indivisibili quando valgono come una unità non riducibile in parti, cosicchè non si possano acquistare, o perdere se non per l'intero (4), e nel caso che più persone ne sieno partecipi, appartengano a ciascuno per l'intero (5), la qual cosa per verità non si manifesta nello stesso modo negli svariati dritti. Le parti in un dritto divisibile si chiamano parti ideali o intellettuali, *partes pro indiviso* s. *incertae* (6) per contrapposto alle porzioni di una cosa divisibile o indivisibile che sia, le quali si dicono parti reali *partes certae* s. *pro diviso* (7).

2) *Res mancipi e nec mancipi* (*).

§ 47. Una divisione che del pari si estende alle *res incorporales*, e che per lungo tempo fu di molta importanza pel commercio, è quella di *res mancipi e nec mancipi*, il cui effetto stava in ciò che l'alienazione delle *res mancipi* regolarmente richiedeva una *mancipatio* o *in jure*

(1) L. 5. D. *de eff. jud.* (4. 17.) L. 34. § 15. D. *de legat.* I. (30.) L. 2. § 1. L. 54. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 29. D. *de solut.* (46. 3.)

(2) L. 8. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 5. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 4. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.) L. 14. L. 25. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 5. § 15. D. *commod.* (13. 6.) L. 1. § 9. D. *ad.* L. Falc. (35. 2.)

(3) L. 25. § 13. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 1. L. 2. L. 4. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 11. § 1. 2. D. *de duob. reis.* (45. 2.) L. 2. C. *si un. ex plur. her.* (8. 32.)

(4) L. 19. D. *de usu.* (7. 8.) L. 8. § 1. L. 11. D. *de servit.* (8. 1.) L. 23. L. 31. L. 32. D. *de S. P. R.* (8. 3.) L. 16. D. *quemad. serv. amitt.* (8. 6.) L. 3. L. 71. D. *de serv. leg.* (33. 3.) L. 72. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 19. D. *de pign.* (20. 1.) L. 65. D. *de evict.* (21. 2.) L. 6. C. *de distr. pign.* (8. 28.)

(5) L. 17. D. *de serv.* (8. 1.) L. 28. D. *de serv. praed. rust.* (8. 3.) L. 4. § 3. 4. D. *si serv. vind.* (8. 5.) L. 25. § 9. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 11. § 4. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 1. L. 2. C. *si un. ex plur. her.* (8. 32.)

(6) L. 5. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 19. pr. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 25. D. *quib. mod. ususfr. amitt.* (7. 4.) L. 5. § 15. D. *comm.* (13. 6.) L. 83. D. *pro soc.* (17. 2.) L. 66. § 2. D. *de legat.* II. (31.) L. 5. D. *de stip. serv.* (45. 3.)

(7) L. 8. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 43. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 25. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 36. D. *de S. P. U.* (8. 2.)

(*) *Tzekell. de testam. factione* c. 3. § 8.; *Meermann* Diss. de reb. mancip. L. B. 1741. 4.; *Hugo* p. 509. Stor. del dritto; *Mannhayn* sulle *res mancipi e nec mancipi* Francf. sul M. 1823 8. *Balthorn-Rosen* sul *dominium*. Lemgo 1828. 8.

re cessio (1), il che rendeva per tali cose più agevole la pruova, ed escludeva la trasmissione delle medesime ne' peregrini (2). Ma l'opposizione si trova anche in alcune altre particolarità delle *res mancipi* (3), tra le quali forse è da annoverare anche questa che esse sole doveano essere dichiarate nel *census* (4). Appartenevano poi alle *res mancipi* le terre in Italia, gli schiavi, le bestie da tiro e da soma, e le servitù rustiche (5); ma delle bestie da tiro e da soma erano *mancipi* solo i cavalli, i buoi, gli asini, e muli, non già i cammelli e gli elefanti (6), e secondo l'opinione de' Proculiani anche le prime non erano *mancipi* se non quando erano addestrate (7). Tutte le altre cose erano *res nec mancipi* (8); ma che i Romani nel tempo antico avesser tenute per *res mancipi* molte altre cose o anche tutte, è cosa che per non dir altro non si può affatto dimostrare (9). Talvolta le *res mancipi* son dette eziandio *res pretiosiores* (10), nel che si può riconoscere una indicazione della ragione per cui godevano di siffatta distinzione. Intanto non si può esattamente dichiarare perchè appunto queste cose fosser parute ai Romani le più preziose; solo può sembrar

(1) *Cic.* Top. c. 5.; *Caj.* II. 18-22. 204. Ulp. XIX, 3-10, ma non segue che la *mancipatio* fosse affatto inammessibile nelle *res nec mancipi* Cic. Top. c. 11. Confr. i luoghi cit. nella No. 3.

(2) *Cic.* l. c.; *Liv.* XLIII. 5.

(3) *Caj.* I. 192. 11. 47. 80. 83.; fragm. Vat. § 1.; Ulp. XI. 27.; Cic. pro Murena c. 2.

(4) *Cic.* pro Flacco. c. 32. Nondimeno il passo non è ben decisivo, e s'incontrano degli esempi che anche altre cose, p.es. l'argento lavorato, erano specialmente dichiarate nel censo. *Niebuhr* St. R. p. 472. (2. ed.).

(5) *Ulp.* XIX. § 1.; *Caj.* II. 15-21.; Fragm. Vat. § 45.

(6) *Ulp.* l. c.; *Caj.* II. 16.

(7) *Caj.* II. 15.

(8) Ulp. l. c. « Caeterae res nec mancipi sunt ». Ponendo la virgola dopo *caeterae*, si può per verità riferir questa parola anche semplicemente al *quadrupedes* che precede. Del resto non si oppongono per rapporto alle statue Tac. Ann. I. 73, e per rapporto alle perle Plin. H. N. IX. 35. in fine. *Dirksen* scritti varii vol. 1. Berlino 1841. No. 4. Si è mal compresa la mancipazione quando contro la testimonianza di Cajo II. 81. 85. si è voluto dichiarare anche il danaro per cosa *mancipi*, solo perchè esso interviene come prezzo nella mancipazione.

(9) Di altra opinione sono *Ballhorn-Rosen* op. cit. e *Niebuhr* op. c. È per sè incredibile che i Romani in ogni piccola cosa avesser richiesto la solennità della mancipazione e contro l'assunto di *Ballhorn-Rosen*, che l'espressione *nec mancipi* accenni ad una eccezione dalla regola si può rispondere che per analogia dalla distinzione del *furtum manifestum* e *nec manifestum* si dovrebbe allora anche conchiudere che tutti i furti da principio erano *furta manifesta*.

(10) *Caj.* I. 192.

verisimile che questa scelta fu forse determinata (11) dalla immediata utilità che da tali cose si ritraeva pel mestiere nazionale degli antichi romani, cioè per l'agricoltura (12). Allorchè cadde in disuso la *mancipatio* e l'*in jure cessio* (13) cadde parimente in dimenticanza la distinzione di *res mancipi* e *nec mancipi*, ma nondimeno non fu formalmente abolita che da Giustiniano (14).

IV. RES EXTRA COMMERCIUM.

§ [illegible]. Le cose possono esser senza padrone *res nullius*, cioè non aver per avventura un proprietario. Ma non son da confonder con queste le cose sottratte al commercio, *res extra commercium*, le quali almeno in parte non son senza padrone. Esse si dividono in tre specie principali: 1.° Le cose comuni a tutti, *res communes*, le quali per loro natura non possono appartener per intero ad un solo, come il mare, e il lido del mare, l'aria, e l'acqua corrente (1), abbenchè sia possibile occuparne delle parti (2), rapporto alle quali dura la proprietà finchè dura il possesso (3). 2.° Le cose dello Stato, *res publicae* (4), ma in senso pieno soltanto quelle che son lasciate al godimento di tutti, come le pubbliche piazze, le strade maestre, ed i fiumi dello Stato (5), quantunque alcuni principi sulle *res extra commercium* sieno applicati egualmente a tutte (6). 3.° Le cose appartenenti ai numi secondo le

(11) *Columella* de re rust. in praef. ad lib. VI.

(12) *Meermann* l. c. Intorno ad altre idee V. *Hugo* op. cit. e *Mannhayn* l. c.

(13) V. sopra § 35, e 36.

(14) L. un. C. *de usuc. transform.* (7. 31.)

(1) § 1. 3. 5. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 2. L. 3. L. 4. pr. D. *eod.* (1. 8.) L. 96. pr. L. 112. D. *de V. S.* (50. 16.)

(2) L. 5. § 1. L. 6. pr. L. 10. D. *de rer. div.* (2. 1.) L. 52. § 3. D. *de act. empt.* (19. 1.) L. 1. § 18. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.) L. 14. pr. L. 30. § 4. L. 50. D. *de adqu. rer. dom.* (41. 1.) L. 2. § 8. L. 3. § 1. L. 4. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.) L. 14. pr. D. *de injur.* (47. 10.)

(3) L. 14. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 45. pr. D. *de usurp.* (41. 3.)

(4) *Caj.* II. 7. 27.; § 2. 4. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 1. pr. L. 4. § 1. L. 5. pr. D. *de rer. div.* (1. 8.) L. 14. § 2. D. *de serv.* (8. 1.) L. 9. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 15. 17. D. *de V. S.* (50. 16.)

(5) L. 6. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 2. § 2-4. D. *ne quid in l. publ.* (43. 8.) L. 1. pr. § 3. 4. L. 2. L. 3. D. *de flum.* (43. 12.) § 4. J. *de leg.* (2. 20.) L. 39. § 9. D. *de leg.* I. (30.) § 2. J. *de in. stip.* (3. 19.)

(6) L. 9. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 39. § 10.) D. *de leg.* I. (30.); *Caj.* II. 7.; L. un. C. *de usuc. transform.* (7. 31.)

idee pagane, *res divini juris* (7), delle quali si distinguevano tre specie: 1) *res religiosae* cioè i sepolcri (8), nei quali era effettivamente riposto o un cadavere o le sue ceneri, o almeno il suo capo (9), ed allora si riguardavano come appartenenti ai Mani del morto (10), ma ciò secondo una disposizione di Marc-Aurelio e Lucio Vero si limitava solamente al suolo e non si estendeva al monumento che vi si fosse eretto *cenotaphium*, cosicchè questo poteva essere alienato (11). Per la rimozione del morto il luogo rientrava in commercio, purchè si fosse ottenuto il debito permesso (12). 2) *Res sacrae*, cioè i tempi dedicati ad un nume, gli altari, e gli arredi inservienti al culto divino, purchè fossero consacrati da parte dello Stato (13), ed allora vi era mestieri di una legge per renderle di nuovo profane (14). 3) *Res sanctae*, cioè talune cose, per rispetto alle quali si valevano della credenza religiosa per garentirle da ogni violazione, giacchè si riguardavano come una proprietà di alcune divinità protettrici, *Dii tutelares*, e quindi la violazione era dichiarata spezialmente punibile, la qual cosa avveniva principalmente per le mura e per le porte (15). L'esclusione di una cosa dal commercio si manifesta in molti rapporti (16), e non solo i principi a ciò relativi continuarono ad applicarsi nel tempo del cristianesimo per le cose *divini juris*, ma si estese eziandio la nozione delle *res sacrae* alle cose dedicate al culto cristiano, nel che però Giustiniano intro-

(7) *Caj.* II. 3. 9.; § 7. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 6. § 2. D. *eod.* (1. 8.) Per contrapposto a queste le altre cose chiamansi *res purae* L. 2. § 4. L. 6. §. 1. D. *de relig.* (11. 7.)

(8) §. 7. 9. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 6. § 2. 4. 5. L. 7. D. *eod.* (1. 8.) L. 2. L. 3. D. *de relig.* (11. 7.), *Caj.* II. 4. 6.

(9) § 9. J. *de rer. div.* (12. 1.) L. 2. pr. L. 4. L. 6. § 1. L. 7. L. 3. L. 44. pr. D. *de relig.* (11. 7.)

(10) *Caj.* II. 4.

(11) L. 7. D. *de rer. div.* (1. 8.) L. 6. § 1. D. *de relig.* (11. 7.)

(12) L. 44. § 1. D. *eod.*

(13) § 7. 8. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 1. pr. L. 6. § 2. 3. L. 9. pr. § 1. 2. 5. D. *eod.* (1. 8) *Caj.* II. 4. 5. 7.; *Plin.* Epist. X. 59.; L. 21. C. *de episc.* (1. 2.)

(14) L. 83. § 5. D. *de* V. O. (45. 1.)

(15) *Caj.* II. 8.; §. 10. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 8. L. 9. § 3. 4. L. 11. D. *eod.* (1. 8.) *Varro* de L. L. p. 82. ed. Bipont.

(16) L. 73. pr. D. *comm. praed.* (8. 4.) L. 62. § 1. L. 70. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 83. § 5. L. 137. § 6. D. *de* V. O. (45. 1.) §. 2. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 3. § 17. L. 30. § 1. D. *adq. poss.* (41. 2.) L. 31. § 3. D. *de usurp.* (41. 3.) § 1. J. *de usuc.* (2. 6.) L. 9. L. 45. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 14. § 2. D. *de serv.* (8. 1.) L. 1. pr. D. *de serv. praed. urb.* (8. 2.) L. 13. pr. D. *comm. praed.* (8. 4.) L. 17. §. 3. D. *de aqua pluv.* (39. 3.) L. 22. § 4. D. *quod vi aut clam* (43. 24.) § 4. J. *de legat.* (2. 20.) L. 39. § 9. 10. D. *de leg.* I. (30.)

[illegible] che queste cose si potessero validamente alienare pel riscatto de' prigionieri (17). Sono queste diverse dalle *res extra commercium*, le *res quarum commercium quis non habet*, cioè le cose, le quali alcune determinate persone non possono avere (18), come anche le cose, delle quali solo per ragioni di polizia viene impedito il commercio (19).

V. UNIVERSITATES RERUM (*).

§ [illegible] I precetti legislativi che si riferiscono al patrimonio, come anche le relazioni giuridiche riguardano non pure singoli oggetti del patrimonio, ma ordinariamente anche un complesso di oggetti, *universitas rerum*, cioè più cose considerate come un tutto, senza importare se per questo tale complesso siasi formato un nome speciale o no. Siffatto complesso può 1.° esser composto solamente di cose, ed allora può esser parimente di due maniere; *universitas distantium corporum*, quando delle cose fisicamente disgiunte, come in un gregge o in una biblioteca (1), e *universitas cohaerentium corporum s. res composita*, quando delle cose fisicamente congiunte, come in una casa, in una nave, ed in generale in ogni oggetto composto di pezzi, si concepiscono come una unità (2). 2.° Ma il complesso di cui ragioniamo può comprendere tanto diritti patrimoniali, quanto cose, come avviene nel patrimonio, o nell'eredità, nella dote, nel peculio etc. (3), le quali

(17) § 8. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 21. C. *de sacros. eccl.* (1. 2.) Nov. 7. c. 8. Nov. 120. c. 10.

(18) § 2. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 40. D. *de legat.* I. (30.) L. 49. § 3. D. *de leg.* II. (31.) L. 34. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 3. D. *de vacat. et exc.* (50. 5.)

(19) Tit. C. *quae res venire non poss.* (4. 40.) Tit. C. *quae res exportari non debeant* (4. 41.)

(*) Hasse nell' Archiv. per la prat. civ. vol. V. No. 1.; Warnkönig quivi vol. XI. No. 1.; Mühlenbruch quivi vol. XVII. No. 12.

(1) L. 30. pr. § 2. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 3. pr. L. 23. § 5. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 68. § 2. L. 69. L. 70. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 13. pr. L. 34. pr. D. *de pign.* (20. 1.) L. 34. pr. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) Confr. D. lib. XXXIII. tit. 6. 7. 9. 10. lib. XXXIV. tit. 2.

(2) L. 23. pr. L. 30. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 23. § 5. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 7. § 11. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 30. pr. D. *de adq. vel amitt. poss.* (41. 2.) L. 8. D. *quod vi aut clam* (43. 24.) L. 239. § 8. D. *de V. S.* (50. 16.)

(3) L. 20. § 10. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 56. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 30. § 1. D. *de usurp.* (27. 1.) L. 3. pr. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 1. § 1. D. *pro dote* (41. 9.) L. 21. L. 208. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 62. D. *de R. J.* (50. 17.)

universitates rerum si possono concepire anche senza alcuna cosa (4). Quest'ultima specie di *universitas*, per distinguerla dall'altra, chiamasi *universitas juris*, come quella delle cose chiamasi *universitas hominis s.facti*. La regola che molti stabiliscono per le *universitates juris*, cioè che le cose comprate o permutate appartengono sempre all'*universitas* dalla quale si è preso il prezzo (*res succedit in locum pretii*, *et pretium in locum rei*) è fondata sopra un'erronea estensione di ciò che si trova in un paio di determinati rapporti (5), ma non vale però generalmente (6).

VI. CAUSA REI.

1) *Pertinenze* (*).

§ 50. Allorchè nelle fonti parlasi di *res cum sua causa*, ovvero *cum omni causa*, per verità sotto le espressioni *causa rei* vien compreso, secondo la diversità de'casi, talvolta più, tavolta meno (1); ma soprattutto vi si comprendono le pertinenze ed i frutti. Per pertinenze o accessorio, *res accessoriae* s'intendono le cose e i dritti che son tenuti come dipendenze di altre cose, le quali per tal riguardo chiamansi *res principales*, e però esse regolarmente seguono la sorte di queste, *accessorium sequitur principale* (2), e neppur si possono sempre da queste separare, quando ciò sarebbe possibile (3). La qualità di pertinenze

(4) L. 50. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 3. pr. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 6. pr. D. *de pec. leg.* (33. 8.)

(5) L. 20. pr. § 1. 2. 6-10. L. 22. D. *de her. pet.* (5. 3) L. 31. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 22. pr. L. 23. D. *de pecul. leg.* (33. 8) L. 3. L. 57. § 2. D. *de castr. pecul.* (15. 1.) L. 1. C. *eod.* (12. 37.) L. 54. D. *de jure dot.* (23. 3.) confr. con la L. 12. C. *eod.* (5. 12.) L. 55. D. *de donat. int.* V. et U. (24. 1.) L. 2. D. *quando ex facto tut.* (26. 9.) L. 7. pr. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 3. C. *arbitr. tut.* (5. 51.)

(6) L. 49. § 7. D. *de furt.* (47. 2.) L. 6. C. *de rei vind.* (3. 32.) L. 21. C. *de probat.* (4. 19.) L. 1. 3. 6. 8. 9. C. *si quis alteri vel sibi* (4. 50.). Non si oppone la L. 20. § 10. D. *de her. pet* (5. 3.); *Muhlenbruch* op. c.

(*) *Gesterding*. Antichi e nuovi errori de' giureconsulti No. 10. *Funcke* La teorica delle pertinenze Chemnitz 1827. 8.

(1) L. 20. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 30. pr. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 23. L. 35. D. de V. S. (50. 16.). Anche i pesi di una cosa talvolta son chiamati *causa rei*. L. 18. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 12. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 1. C. *rem alien. gerent.* (4. 53.)

(2) L. 19. § 13. D. *de aur. leg.* (34. 2.)

(3) L. 41. D. *de leg.* I. (30.)

deriva: 1° in parte semplicemente da precetti positivi, quantunque in tutti i casi in cui tali precetti han luogo vi sia sempre un interesse speciale che certe cose sien conservate intere come trovansi riunite (4), 2° ma in generale la predetta qualità dipende dalla natura del rapporto in cui le cose o i dritti stanno tra loro, e per tal ragione ha luogo:

1.° In tutte le cose le quali non formano che una parte subordinata di un' altra (5) sia per la loro destinazione di esser continuamente adoperate per questa o con questa cosa (6), sia perchè il precedente, proprietario le ha riguardate come semplici parti della medesima (7), sia finalmente perchè sono in essa incorporate, *fixa vincta et defossa* (8), purchè l' unione sia organica (9), o tale che le cose non si possano separare senza distruggerle o guastarle (10), o almeno purchè l' unione si sia effettuata per una perpetua utilità o ornamento di una cosa, *perpetui usus causa*, e non semplicemente per uno scopo transitorio (11), nel qual' ultimo caso però anche una separazione solo momentanea non toglie la qualità di pertinenza (12).

2.° Ne' dritti mediati o accessorii, i quali sono annessi ad una cosa o ad un altro dritto (13), e quindi sembrano come pertinenze del medesimo (14). Del resto la qualità di pertinenza di una cosa vien con-

(4) L. 17. § 2. D. *de act. empti* (19.1.) L. 38. pr. § 11. D. *de aedil. ed.* (21.1.) L. 66. D. *de leg.* III. (32.) L. 3. § 11. L. 4. D. *de penu leg.* (33. 9.) L. 14. L. 15. D. *de trit. leg.* (33. 6)

(5) L. 40. § 6. L. 48. L. 49. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 13. § 31. L. 14. L. 15. L. 17. § 3. 9. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 52. § 7. D. *de leg.* III. (32.) L. 12. § 23-25. L. 15. § 2. L. 26. D. *de instructo leg.* (33. 7.) L. 242. pr. D. *de* V. S. (50. 16.)

(6) L. 17. pr. § 8. D. *de act. empti* (19. 1.)

(7) L. 38. § 2. L. 52. § 8. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 12. D. *fin. reg.* (10. 1.) L. 24. § 2. 3. D. *de leg.* I. (30.) L. 91. § 3-5. D. *de leg.* III. (32.) L. 20. § 7. D. *de instructo leg.* (33. 7.) L. 60. pr. D. *de* V. S. (50. 16.) L. 4. C. *de relig* (3.44.)

(8) L. 76. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 17. pr. § 3. L. 18. pr. D. *de act. empt.* (19. 1.)

(9) § 31. 36. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 5. § 3. L. 44. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 13. § 10. L. 40. D. *de act. empti* (19. 1.)

(10) § 26. 33 34. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 23. § 2-7. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 6. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 9. § 1. 2. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(11) L. 17. pr. § 7. 9. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 41. § 12. 13. D. *de leg.* I. (30.) L. 93. § 4. D. *de leg.* III. (32.) L. 26. L. 21. D. *de instructo leg.* (33. 7.) L. 19. § 13-21. D. *de auro leg.* (34. 2.) L. 242 § 4. L. 245. D. *de* V. S. (50. 16.)

(12) L. 17. § 9. 10. 11. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 26. D. *de instr. leg.* (33. 7.) L. 242. § 4. D. *de* V. S. (50. 16.)

(13) V. supra § 3.

(14) L. 47. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 6. L. 23. pr. D. *de her. vend.* (18. 4.)

getturata solo in quanto si provino le condizioni e i rapporti dai quali essa dipende. Non si dee far caso che una cosa fosse dal proprietario destinata a divenir pertinenza di un' altra, fino a che ciò realmente non sia avvenuto (15).

In opposizione alle pertinenze tutte le cose separate che si trovano in un fondo e che ad esse non appartengono van comprese sotto l' espressione *ruta caesa* (16). Non pertanto quest' espressione ordinariamente si trova applicata a quelle sole cose che non ricadono sotto la nozione di masserizia, *suppellectilis* (17), o di ciò che guernisce un fondo come schiavi, animali, istrumenti di agricoltura *instructus* s. *instrumentum fundi*, o di vasellame d' oro o d' argento (18).

2) *Frutti.*

§ 51. Il secondo elemento principale della *causa rei* sono i frutti, cioè i prodotti organici di una cosa, i quali si dividono in *fructus mere naturales*, e *fructus industriales*, secondo che son provenuti spontaneamente, o vi è stato bisogno della cooperazione dell' uomo per produrli, come il frumento (1). È una eccezione positiva che i figli delle schiave non sien reputati frutti, come si fa pei figli delle bestie (2). Ma d' altra parte si trova anche una positiva estensione dell' idea di frutto in ciò che anche le entrate che si ritraggono dagli oggetti del patrimonio e che non son prodotti organici, sotto il nome di frutti giuridici o civili, almeno in molti rapporti, sono agguagliati ai frutti propriamente detti, il che trova applicazione segnatamente per gl' interessi, pe' fitti e per le pigioni (3), come del pari pe' minerali da estrarsi dal suolo, i quali parimenti non sono veri frutti, ma sembrano piuttosto

L. 10. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 1. § 43. 44. D. *de aqua quot.* (43. 20.) L. 7. § 1. D. *de except.* (44. 1.) L. 6. 7. C. *de* O. et A. (4. 10.)

(15) L. 17. § 11. L. 18. § 1. D. *act. empti* (19. 1.)

(16) L. 17. § 6. L. 18. pr. L. 38. § 2. D. *eod.* L. 241. D. *de* V. S. (50. 16.) *Püttmann* diss. *de rutis caesis* in Sylloge var. opusc. Lips. 1786. No. 10.

(17) L. 1. D. *de suppell. leg.* (33. 10.)

(18) L. 8. L. 12. D. *de instr. leg.* (33. 7.)

(19) L. 19. D. *de auro leg.* (34. 2.)

(1) L. 45. L. 25. D. *de usur.* (22. 1.) L. 48. pr. D. *adq. rer. dom.* (41. 1.)

(2) § 37. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 28. § 1. D. *de usur.* (22. 1.)

(3) L. 29. D. *de her. petit.* (5. 3.) L. 62. pr. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 34. 36. 38. § 13. D. *de usur* (22. 1.) L. 7. § 8. 10. 11. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 121. D. *de* V. S. (50. 16.)

na parte del suolo (4), imperocchè per potersi dir frutti si richiederebbe che fosse possibile la riproduzione de' medesimi (5). Fino a che i frutti sono tuttavia inerenti alla cosa che li produce *fructus pendentes* son sempre una pertinenza della medesima (6), e solo quando ne son separati, *fructus separati* possono valere come cose da sè (7). I frutti che si son raccolti e di cui si è preso possesso si chiamano frutti percepiti, *fructus percepti* (8), quelli, che colui il quale li ha raccolti possiede tuttora, son detti *fructus extantes* (9), ed al contrario *fructus consumpti* quelli che egli non ha più, essendo indifferente se li abbia consumati usandone, ovvero li abbia venduti (10). Talvolta si tien conto anche de' frutti trascurati *fructus percipiendi*, i quali alcuno secondo l'ordinario godimento della cosa avrebbe potuto ritrarre (11).

VII. VANTAGGI E PESI DELLE COSE.

§ 52. Nelle relazioni del patrimonio vi son due regole molto importanti: 1° che chi gode i vantaggi di una cosa deè soffrirne anche i pesi, *qui habet commoda habet et onera* (1), e 2.° che nel passaggio di una cosa ad un' altra persona i pesi l'accompagnano, *res transit cum suo onere* (2). Ai vantaggi di una cosa appartengono in preferenza gli utili che risultano dall'uso e dal godimento de' frutti (3), quan_

(4) L. 9. § 2. 3. L. 13. § 5. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 32. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 7. § 13. 14. L. 8. pr. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 77. D. *de* V. S. (50. 16.)

(5) L. 18. pr. D. *de fundo dot.* (23. 5.) L. 7. § 13. D. *sol. matr.* I nostri mineralogisti non riconosceranno per certo una cosiffatta riproduzione quando non si voglia ritenere per tale il germogliare sopra una strada umida.

(6) L. 44. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(7) L. 25. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 13. D. *quib. mod. ususfr.*

(8) § 36. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 78. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 12. § 5. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 48. pr. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(9) L. 22. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 22. C. *de rei vind.* (3. 32.) per eccezione i *fructus pendentes* nella L. 27. pr. D. *de usufr.* (7. 1.) son chiamati *fructus extantes*.

(10) § 2. J. *de off. jud.* (4. 17.) L. 22. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(11) § 2. J. *de off. jud.* (4. 17.) L. 33. L. 62. § 1. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(1) § 3. J. *de empt. vend.* (3. 23.) L. 7. pr. D. *de peric.* (18. 6.) L. 13. D. *de impens.* (25. 1.) L. 7. § 2. 3. L. 27. § 3. L. 52. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 7. C. *eod.* (3. 33) L. 10. C. *de act. empti* (4. 49.)

(2) L. 20. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 18. § 2. D. *de pign. act.* (13.7.) L. 12. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 3. C. *de serv.* (3. 34.)

(3) L. 173. § 1. D. *de* R. J. (50. 17.) pr. § 1. J. *de usufr.* (2. 4.) L. 13. § 10. 11. 18. D. *de act. empti* (19. 1.)

tunque l' idea di vantaggio non sia a ciò solo limitata, ma comprenda eziandio le utilità di altra specie che son dipendenti da una cosa (4). Per contrario i pesi delle cose consistono nei *jura in re* che gravano una cosa, e nelle obbligazioni che vi sono annesse (5); nondimeno in un senso più ampio sono annoverate tra i pesi anche le spese, *impensae*, essendochè colui che ritiene i vantaggi dee in generale fare anche le spese, o è tenuto a rimborsarle, quando sieno state fatte da altri, la qual cosa però va soggetta a parecchie limitazioni ed eccezioni, le quali saranno indicate quando tratteremo di quelle relazioni giuridiche nelle quali s'incontrano (6). Ma non va mai compreso fra le spese il prezzo che si paga per una cosa, sibbene ciò che si è speso sulla cosa, e che quindi è tornato a vantaggio della medesima, e queste possono esser di tre specie: 1° una spesa necessaria, *impensa necessaria*, se ha servito alla conservazione (7) o alla produzione di una cosa (8), 2° una spesa utile, *impensa utilis*, se ha servito a migliorarla (9), e 3° una spesa voluttuosa, *impensa voluptuaria*, se con essa si è procurato soltanto un abbellimento (10).

VIII. ACQUISTO DE' DRITTI PATRIMONIALI.

§ 53. Più comunemente i dritti patrimoniali si acquistano separatamente, e questi acquisti singolari, *singularum rerum acquisitiones* (1) sono per la più parte molto differenti secondo le diverse specie de' dritti; e qui hanno pure applicazione tutte le divisioni de' modi di acquisto in generale (§ 6). Ma si può anche acquistare in una volta o tutto il patrimonio di una persona, o una parte del medesimo

(4) L. 7. pr. D. *de peric. et comm.* (18. 6.) L. 13. § 12. D. *de act. empti* (19.1.) L. 14. pr. D. *de furt.* (47. 2.)

(5) L. 3. C. *de serv.* (3. 34.) L. 1. C. *rem alien. ger.* (4. 53.) L. 18. pr. D. *de peric.* (18. 6.) L. 7. pr. D. *de public.* (39.4.) L. 12. D. *de impens. in res dot. fact.* (25. 1.) L. 27. § 3. D. *de usufr.* (7.1.)

(6). *Wening-Ingenheim de impens. eorumq. rest.* Heidelb. 1841. 4.

(7) L. 79. pr. D. *de* V. S. (50.16.) L. 1-4. L. 11. pr. D. *de imp. in res dot. fact.* (25. 1.)

(8) L. 13. D. *de cond. furt.* (13.1.) L. 46. D. *de usur.* (22.1.) L. 1. C. *de fruct.* (7. 51.) L. 1. C. *de infant. expos.* (8. 52.)

(9) L. 79 § 1. D. *de* V. S. (50. 16.) L. 5. § 1. L.6. L.7. § 1. L. 8. L. 14. § 1. D. *de imp. in res dot. fact.* (25. 1.)

(10) L. 79. § 2. D. *de* V. S. (50. 16.) L. 7. pr. L. 9. L. 11. § 2. D. *de imp. in res dot. fact.* (25. 1.)

(1) § 6. J. *per quas pers. nob. adq.* (2. 9.); *Ulp.* XIX. 2.

pars quota, cosicchè alcuno per un solo atto entri in tutti i dritti appartenenti a questo patrimonio, o almeno in una determinata parte ideale de' medesimi, il che dicesi acquisto universale, *acquistio per universitatem*, col quale però di regola va congiunta l'obbligazione de' debiti di colui al cui patrimonio si succede, ovvero di una parte proporzionale de' medesimi. Siccome gli acquisti universali per tutti i dritti del patrimonio sono eguali, così formano una teorica a sè, la quale più convenevolmente sarà trattata dopo la spiegazione de' singoli dritti patrimoniali. Una importante quistione per rispetto all'acquisto de' dritti è se si possa acquistar per mezzo di altri. Intorno a ciò è da distinguere: 1.° Per le persone sottoposte alla *potestas*, *homines alieni juris* era antichissima regola de' Romani che ogni volta che essi in qualsivoglia modo acquistavano degli oggetti di patrimonio, non li acquistavano per sè ma per colui, sotto la potestà del quale si trovavano, senza por mente se avessero avuto intenzione di acquistare per lui, o per sè stessi, o per un altro, e se quegli conoscesse o no l'acquisto (2). Non pertanto questa regola patì molte eccezioni (3), ed in quanto a' figliuoli sotto la patria potestà fu nel dritto romano posteriore quasi interamente mutata (4). 2° Per contrario in quanto alle persone indipendenti fu lungamente in voga il principio che esse acquistassero solo per sè medesime e che niun altro potesse per mezzo loro acquistare, *per extraneam personam nihil acquirimus* (5). Ma anche questo principio verisimilmente fin dai tempi antichi ebbe a patir parecchie eccezioni (6), le quali più tardi furono accresciute (7) ed una delle più importanti fu introdotta da Settimio Severo, cioè che colui il quale dà commissione ad un altro di acquistar per lui una cosa, effettivamente ne acquisti il possesso e la proprietà, subitochè il suo

(2) pr. § 1. 3. J. *per quas pers. nob. adq.* (2. 9.) pr. § 3. J. *per quas person nob. obl. adq.* (3. 28.) L. 10. L. 17. 18. 19. 21. 23. 32. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 3. C. *per quas pers. nob. acq.* (4. 27.); Caj. II. 86-96. III. 163-167. Ulp. XIX. (18-21.)

(3) § 4. J. *per quas pers. nob. acq.* (2. 9.) L. 24. D. *de adq. poss.* (41. 2.) § 2. J. *per quas pers. nob. obl. acq.* (3. 28.)

(4) L. 4. 6. 8. C. *de bon quae lib.* (6. 61.) V. appresso § 94.

(5) *Caj.* II. 95.; § 5. J. *per quas pers.* (2. 9.)

(6) § 1. J. *per quas p. nob. obl. ac.* (3.28.) L. 10. § 4. D. *de adq. rer. dom.* (41.1.)

(7) L. 7. § 1. L. 8. D. *de bon. poss.* (37.1.) L. 7. C. *qui admitti ad bon. posses. poss.* (6. 9.) L. 43. § 2. D. *de* V. O. (45. 1.) L. 8. § 1. 3. 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

procuratore in conformità del mandato l'ha acquistata (8), e che anche il tutore possa acquistar pel suo pupillo (9).

II. COMUNIONE DI DRITTO.

§ 54. Se un dritto divisibile appartiene in comune a più persone per parti ideali, questa dicesi comunione di dritto, *communio*, la quale per lo più risulta da un contratto di società, *societas*, ma può incontrarsi, come *communio incidens* (1), anche senza una convenzione tra più partecipanti. In quanto a quelle disposizioni che possono immaginarsi sopra una sola parte ideale, ciascuno che è partecipe del dritto comune può indipendentemente dagli altri disporre sulla sua parte (2), quando per particolari cagioni non sopravvengano delle restrizioni (3). Per contrario ogni disposizione o godimento che non cade esclusivamente sulla parte di alcuno non è permessa senza il consentimento di tutti (4), ed in ciò non vale neppure la maggioranza de'voti (5); e per conseguenza le disposizioni di un solo sull'intero, al più possono aver vigore per la parte del disponente, se ciò è possibile (6), ma per tutto il resto son nulle (7), ed il godimento per parte di un solo, se non sia in tutto indifferente e non dannoso (8) agli altri, debb' esser loro compensato (9).

(8) § 5. J. *per quas pers. nob. acq.* (2. 9.) L. 11. § 6. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 13. pr. L. 20. § 2. L. 37. § 6. L. 53. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 1. § 20. L. 42. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 41. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 44. § 1. D. *de furt.* (47. 2.) L. 1. L. 8. C. *de adq. poss.* (7. 32.)

(9) L. 13. § 1. D. *de adq. r. dom.* (41, 1.) L. 1. § 20. D. *de adq. poss.* (41. 2.)

(1) L. 2. pr. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 31. L. 32. D. *pro soc.* (17. 2.)

(2) L. 6. § 8. 9. L. 7. § 13. L. 14. § 1. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 3. § 2. D. *qui potior.* (20. 40.) L. 7. § 4. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 3. 4. C. *de comm. rer. alien.* (4. 52.) L. un. C. *si comm. res. pign* (8.21.) L.12. C. *de donat.* (8.54.)

(3) L. 1. in fine C. *comm. div.* (3. 37.) L. 24. § 1. D. *eod.* (10. 3.)

(4) L. 8. D. *de serv. praed. urb.* (8. 2.) L. 6 § 6. L. 8. § 2. L. 12. L. 27. L. 28. D. *comm. div.* (10. 3.)

(5) L. 28. D. *cit* L. 10. pr. D. *de aqua* (39. 3.)

(6) L. 4. C. *de comm. rer. alien.* (4. 52.) L. un. C. *si comm. res pign.* (8. 21.) confr. con la L. 34. pr. *de serv. praed. rust.* (8.3.); *Ulp.* I. 18.); *Paul.* IV. 12. § 1.

(7) L. 34. pr. D. *cit.*; *Ulp.* l. c.; *Paul.* l. c.; L. un. C. *si in comm. ead. causa* (2. 26.) L. 1. 2. 5. C. *de comm rer. alien.* (4. 52.) L. un. C. *si comm. rer. pign.* (8. 21.) una particolare eccezione fu introdotta da Giustiniano per la manomissione L. 1, 2. C. *de comm. servo man.* (7. 7.) § 4. J. *de don.* (2. 7.)

(8) L. 13. § 1. L. 19. D. *de serv. praed. urb.* (8. 2.)

(9) L. 3. pr. L. 4. § 3. L. 6. pr. § 2. L. 8. § 2. L. 11. L. 23. D. *comm. div.* (10. 3.)

in generale è principio che gli atti e le relazioni giuridiche di uno fra i partecipanti del dritto nè nuocciono (10) nè giovano agli altri (11), nell' ultimo caso perchè fosse altrimenti bisognerebbe che non fosse possibile una separazione d' interessi (12). Anche pe' miglioramenti e per le riparazioni della cosa comune un solo non ha facoltà di farli (13) se non quando gli altri sieno negligenti (14). Non pertanto si può pretendere ad ogni modo il rimborso delle spese effettivamente utili o necessarie (15). Ma perchè in questa specie di relazione giuridica l'oggetto della comunione per la discordia delle parti intorno alle spese potrebbe divenir perfettamente inutile, ciascuno ha il dritto a provocar la divisione (16), il che è tanto essenziale che solo per un tempo determinato vi si potrebbe rinunziare, ma non già per sempre (17).

CAPITOLO V.

DE' MODI DI FAR VALERE I PROPRI DRITTI.

Osservazione preliminare.

§ 55. Se si riguardi in tutta la sua estensione la teorica intorno al far valere i dritti violati o impugnati, essa si divide *nella teorica della propria difesa*, e *nel dritto di azione*, ossia *nella teorica dello sperimento giudiziale de' dritti*, la quale riguarda tre principali obbietti: l'*organamento de' poteri giudiziari*, *la procedura*, e ciò che i Romani chiamavano in preferenza il *jus actionum*, cioè *la teorica* sì *de' dritti*, *delle relazioni giuridiche*, *e de' mezzi giudiziari che s' incontrano per lo sperimento giudiziale de' dritti*, e sì *degli effetti che da questo procedono*

(10) L. 19. D. *si serv.* (8. 5.) L. 6. § 7. 11. L. 20. D. *comm. div.* (10. 3.)
(11) L. 19. D. *de serv. praed. rust.* (8. 3.) L. un. C. *si in comm. ead. causa* (2. 26.) L. 47. § 1. D. *de minor.* (4. 4.)
(12) L. 6. § 4. D. *si serv.* (8. 5.) L. 2. § 2. D. *de* V. O. (45. 1.) L. 1. C. *si un. ex plur. her.* (7. 68.)
(13) L. 8. D. *de serv. praed. urb.* (8. 2.) L. 12. D. *comm. div.* (10. 3.)
(14) L. 52. § 10. D. *pro soc.* (17. 10.) L. 32. D. *de d. inf.* (39. 2.) L. 4. C. *de aed. priv.* (8. 10.) Anzi per gli edifizi in questo caso la riparazione per parte di un solo è specialmente favorita da un S. C. sotto Marc-Aurelio. V. la mia St. § 107. Nota 15.
(15) L. 4. § 3. L. 5. L. 6. pr. L. 8. § 3. 4. L. 9. L. 14. § 1. L. 29. D. *comm. div.* (10. 3.)
(16) L. 8. pr. D. *eod.* L. 5. C. *eod.* (3. 37.).
(17) L. 14. § 2. 3. D. *eod.* L. 14. L. 16. § 1. D. *pro soc.* (17. 2.)

pei dritti che si son fatti valere. L'organamento de' poteri giudiziari, e la procedura son pienamente riserbati alla storia; ed ancora l'una cosa interamente, e l'altra almeno in parte appartengono al dritto pubblico. Per conseguenza la seguente esposizione si limita ai principi sulla propria difesa, ed al dritto di azione in senso stretto. Solo a dilucidazione di questo si son cavati e messi in luce alcuni punti dalla storia della procedura Romana, nello stesso modo che si trova in Caio.

I. DELLA PROPRIA DIFESA.

§ 56. La regola è che i dritti si debbano sperimentare giudizialmente invocando il soccorso del magistrato (1). La forza privata di colui che ha un dritto, la quale d'ordinario sarebbe insufficiente, e se fosse generalmente permessa, sarebbe esposta ai più gravi abusi, non è ammessa se non solo come propria difesa della persona o del possesso contro una ingiusta aggressione (2), e solo in quanto non si oltrepassino i confini della vera necessaria difesa, *moderamen inculpatae tutelae* (3), al che solo in alcuni determinati casi non si pon mente (4); ma come esercizio della propria autorità per ottenere un dritto o punirne la violazione, salvo poche eccezioni (5), è illecita e punibile (6). In due casi l'uso della forza privata oltre alla sua particolare punizione ha eziandio per conseguenza alcuni speciali svantaggi di dritto civile (7), la qual cosa ordinariamente si attribuisce ad una decisione di Marco-Aurelio, *decretum divi Marci*, ancorachè questa non se ne possa riguardar come la fonte se non sotto un rapporto molto limitato. 1.° Il vero o supposto creditore il quale di propria autorità si paga di sua mano, o si procura un mezzo di sicurezza, ovvero costringe il debitore a soddisfarlo o

(1) L. 7. D. *ad* L. Jul. *de vi priv.* (48. 7.) L. 7. C. *eod.* (9. 12.)

(2) L. 3. D. *de* J. et J. (1. 1.) L. 4. L. 5. pr. D. *ad* L. Aquil. (9. 2.) L. 1. § 27. 28. D. *de vi* (43. 16.)

(3) L. 1. C. *unde vi* (8. 4.) L. 5. pr. D. ad L. Aq. (9. 2.)

(4) L. 4 § 1. D. *eod.*

(5) I *Jura potestatis* formano una principale eccezione (§ 15.). Sulle altre eccezioni Ved. *Caj.* IV. 26-29. L. 10. § 16. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.) L. 21. pr. D. ad L. Jul. *de adult.* (48. 5.) Collat. IV. 3.; Paul. S. R. II. 26. § 4.

(6) § 6. J. *de interd.* (4. 15.) L. 12. § 2. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 8. D. ad L. Jul. *de vi priv.* (48. 7.) L. 9. C. *de* O. et A. (4. 10.) L. 3. C. *de pign.* (8. 14.) L. 5. L. 7. C. ad L. Jul. *de vi* (9. 12.) L. 6. C. *de sep. viol.* (9. 19.) Nov. 60. c. 1. Nov. 134. c. 7.

(7) *Bonsey* nel Museo Renano vol. VII. No. 1.

a dargli una cauzione, perde in pena il suo dritto, e non solo deve restituire o pagare il valore di tutto ciò che per la violenza ha conseguito, ma deve eziandio pagare al debitore un altrettanto di ciò che ha ottenuto *alterum tantum*, nulla importando se le sue pretensioni sieno fondate o no. È probabile che la legge *Julia de vi privata* (8), la quale stabilì per la esazione violenta di un credito la pena ordinaria della violenza privata (9), vi abbia anche per la prima volta annessa la perdita del dritto (10); ma il *decretum Divi Marci* estese questa perdita ad ogni maniera di esazione o soddisfazione procurata di propria autorità (11), e Giustiniano, il quale per più casi di siffatta autorità privata aggravò di molto le ordinarie pene, vi aggiunse ancora che s'incorresse eziandio nella perdita quando la forza privata non avesse avuto a scopo diretto il pagamento, ma soltanto la cautela (12), e che si dovesse sempre pagare al debitore l'*alterum tantum* (13). 2.° Colui il quale toglie con violenza una cosa che si trova in possesso di altri, pretendendo di avervi un dritto di proprietà, deve assolutamente restituirla, e perde la sua proprietà; ma se la cosa non gli appartiene deve per soprappiù pagarne anche il valore. Costantino avea da prima introdotto per questo caso la perdita della proprietà, dovendosi attribuir la cosa per metà al possessore e per metà al Fisco (14); ma Valentiniano III. stabilì i principi che qui sopra abbiamo esposti (15).

(8) V. la mia st. § 98. No. VII.

(9) L. 8. confr. con la L. 1. D. ad. L. Jul. *de vi priv.* (48.7.) L. 12. § 2. D. *quod met. causa* (4.2.). Nella Nov. 60. prooem. anche questa pena vien per inesattezza attribuita al decretum Divi Marci.

(10) V. il mio artic. nell' Arch. per la prat civ. v. XVIII. No. 6.

(11) L. 7. D. ad L. J. *de vi priv.* (48. 7.) L. 13. D. *quod met. causa* (4. 2.)

(12) L. un. § 3. C. *de suffrag.* (4. 3.) L. 6. C. *de sep. viol.* (9. 19.) Nov. 52. c. 1. Nov. 134. c. 7.

(13) Nov. 60. c. 1. Nov. 134. c. 7.

(14) L. 3. C. Th. ad L. J. *de vi* (9. 10.)

(15) L. 7. C. *unde vi* (8. 4.) § 1. J. *vi bon. rapt.* (4.2.) § 6. J. *de interd.* (4. 15.) Il possessore derubato può rivendicare la cosa. L. 8. § 2. C. *de praescr.* XXX. ann. (7. 39.)

II. DRITTO DI AZIONE.

1) *Delle azioni e de' dritti di azione* (*)

A. Nozione e condizioni.

§ 57. L' intervento del giudice presuppone di regola che espressamente si sia portata doglianza innanzi a lui per la violazione, o impugnazione di un dritto, e che per questo siasi invocata la sua assistenza e protezione contro determinate persone. Colui che propone siffatta domanda o colui a nome del quale un altro agisce chiamasi attore, *actor*, *petitor*, *is qui agit*, e quegli contro il quale la domanda è diretta addimandasi reo *reus*, *is unde petitur*, la domanda stessa appellasi azione, e la facoltà di proporla, *dritto di azione*. Ma dalle azioni che son comprese nella nozione che ne abbiam data debbono distinguersi le accuse o azioni criminali, *accusationes*, che si trattano con un proprio procedimento penale o criminale che vogliasi dire, *judicium publicum*, e le quali hanno a scopo la punizione di un delitto *judicium publicum*; imperocchè nel sistema del dritto privato entrano quelle azioni soltanto, nelle quali ha luogo il procedimento civile, *judicium privatum*, ossia le azioni civili le quali sole in senso stretto si sogliono intendere per azioni. Di tal fatta sono tutte le altre azioni, compreso anche il caso che con le forme di un giudizio civile si agisca per la punizione criminale di un delitto privato (1), ma principalmente quelle tali azioni con le quali si pretendono de' dritti privati di qualsivoglia specie. La più commune denominazione per le azioni civili nel dritto romano

(*) Tra le scritture antiche son da notare il Tract. diversor. auctorum *de actionibus* 2. tom. fol. Lione (senza numero dell'anno), ed Aliorum diversi tract. *de action.* ed. *J. Corasius* Lione 1667. fol. Tra le scritture più recenti *R. Bachkvius* (?) *cum. Eckt.* Tract. de act. Francof. s. M. 1623.; *Boehmer* Doctr. de act. Halae 1710. 8. ed. noviss. Franc. s. M. 1787. *Schmidt* Istit. prat. delle azioni ed eccez. gidiziarie ediz. 1-5. Jena 1771-98. Ediz. 6. e 7. con agg. e correz. di *Weber* Jena 1803.1813. 8. ed 8. con agg. di *Martin* Jena 1823. 8. *E. G. Schmidt*. Coment. teor. prat. sul tratt. di suo padre etc. 5. vol. Lipsia 1798-94. 8. seconda ed. accresciuta Lipsia 1800-03. 8.; Müssler Sistema teor. prat. della teoria delle az. ed eccez. giudiziarie 4. ediz. Lipsia 1820. 8.; *Stahl* sull' antico dritto di azione de' Rom. Monaco 1810. 8. *Puchta* sulle az. giud. Giessen 1833. 8.; *Hasse* nel Mus. R. vol. VI. No. 1. e 6.; *Savigny* Sistema vol. V. § 205 e seg.

(1) Perciò l'*actio legis Corneliae* per le ingiurie non viene annoverata tra le accuse ma tra le azioni § 8. J. *de injur.* (4. 4.) L. 5. pr. D. *eod.* (47. 10.)

posteriore è quella di *actio*, espressione che dinota ancora il dritto di agire (2). Altre denominazioni generali sono *intentiones*, *petitiones*, *persecutiones*, *implorationes*, *judicia*, e *formulae*. Oltre a ciò vi sono de'nomi particolari non solo per le singole specie di azioni ma anche per molte speciali azioni (3), ed alcune azioni civili son talvolta dette anche *accusationes* (4). Non s'incontra mai per certo un'obbligazione di agire (5), ma il dritto di agire 1° come condizione della sua possibilità richiede che il dritto pel quale si vuol contendere sia realmente fondato, e tale che possa dar luogo ad un'azione; imperocchè non tutti i dritti possono farsi valere per via di azioni (6), anzi vale il principio che solo quei dritti generano un'azione, ai quali una qualche fonte di dritto abbia attribuito questa proprietà (7); 2° come condizione della sua efficacia richiede che vi sia una violazione di quel dritto, in seguito della qual violazione soltanto può considerarsi come nato il dritto di agire *actio nata*; giacchè altrimenti mancherebbe ogni motivo di agire; e di più la violazione debb'esser tale che sia dalla legge riconosciuta sufficiente, il che non avvien sempre (8), quantunque da un altro lato vi sieno più casi, ne' quali la semplice contestazione di un dritto, ovvero l'inadempimento d'una obbligazione sia sufficiente. Queste due condizioni costituiscono il fondamento delle azioni, *fundamentum agendi*, ed è assolutamente indispensabile che si trovino. Per contrario non è assolutamente necessario che il fondamento dell'azione abbia luogo per l'attore e contro il convenuto, il che addimandasi *legitimatio ad causam activa et passiva*, giacchè la mancanza della legittimazione alla lite può esser rimossa dal consenso del convenuto (9).

(2) pr. J. *de act.* (4. 6.) pr. J. *de publ. jud.* (4. 18.) L. 37. L. 51. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 8. § 1. L. 34. D. *de V. S.* (50. 16.)

(3) V. § 59.

(4) per es. la querela inofficiosi testamenti L. 6. § 2. L. 7. L. 17. D. *de inoff. test.* (5. 2.); *Plin. Epist.* V. 21.; *Phaedri* Fab. III. 10. v. 51. *Quintil.* Inst. orat. IV. 1.

(5) L. un. C. *nemo invitus ag. vel accus. cog.* (3. 7.)

(6) L. 7. pr. § 1. 2. 4. 5. D. *de pact.* (2. 14.); *Dion. Hal.* II. 25.

(7) V. § 58.

(8) p. es. quando alcuno è risponsabile solo per la *culpa lata*, e non già per la *culpa levis*.

(9) L. 11. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) L. 23. D. *de solut.* (46. 3.) L. 2. C. *de O. et A.* (4. 10.) L. 3. C. *de novat.* (8. 42.) V. appresso § 76.

B. Divisioni:

a) *Secondo l'origine.*

§ 58. Le azioni sono di specie molto differenti, e qui è necessario che per lo meno le maggiori differenze delle medesime sian dichiarate, comechè alcune convenientemente possano in altra occasione essere esposte. Per rispetto all'origine si distinguono:

1.° *Actiones civiles* s. *legitimae*, ed *actiones honorariae* s. *praetoriae et aedilitiae*, secondochè il dritto di agire si fonda sopra il *jus civile* in senso stretto, o sugli editti de'magistrati romani (1), la qual distinzione è importante, perchè per la più parte delle *actiones honorariae* valgono alcuni principi particolari (2).

2.° *Actiones directae* s. *vulgares*, ed *actiones utiles* s. *ad exemplum*, distinzione la quale dipende da ciò che il sistema romano delle azioni molto limitato da principio, in processo di tempo fu ampliato non solo per l'introduzione di nuove azioni, ma anche per l'estensione che si fece per analogia di quelle che già erano in uso. Or si dicono *actiones directae* le azioni che sono adoperate nella loro propria e primitiva applicazione; *actiones utiles* poi si dicono quelle la cui ammisibilità è soltanto fondata sopra un'estensione fatta a cagione di utilità o necessità, *utilitatis causa* (3). Ma siffatte estensioni, le quali nella massima parte dalla consuetudine e dalla *praxis* ma in parte eziandio da espresse disposizioni furono introdotte (4), sono di due specie, giacchè o fu ampliata la sfera delle singole azioni (5), o anche l'applicazione

(1) § 3-12. J. *de action.* (4. 6.) L. 32. D. *ad* L. Aquil. (9. 1.) L. 2. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.) L. 25. § 2. L. 35. D. *de* O. et A. (44. 7.) *Brissonius* de V. S. voce *Legitimus*.

(2) Confr. p. es. § 74. Nota 31.

(3) § 16. J. de L. Aquil. (4. 31.) L. 31. pr. L. 47. § 1. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 13. § 25. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 1. pr. L. 11. L. 21. D. *praescript. verb.* (19. 5.)

(4) L. 16. pr. D. *de pact.* (2. 14.) § 4. J. *de fideic. her.* (2. 23.) *Caj.* II. § 253. È incomprensibile come il *Mackeldey istit.* § 194. possa dire che tutte le *actiones utiles* fossero di origine pretoria.

(5) p. es. l'*utilis legis Aquiliae actio* § 16. J. de L. Aq. (4. 3.) l'*utilis rei vind.* dell'enfiteuta, del superficiario L. 1. § 6. D. *de superf.* (43. 11.), l'*utilis tut. act.* in rapporto al *Curator* Rubr. D. *de tut. et ut. curat. causa act.* (27. 3.) In queste speciali applicazioni trovasi talvolta adoperata anche l'espressione *quasi* invece di *utilis* p. es. *actio quasi institoria* L. 10. § 5. D. *mand.* (17. 1.) confr. con la L. 31. pr. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 16. L. 19. pr. D. *de inst. act.* (14. 13.) L. 13. § 25. D. *de act. empti* (19. 1.), ma in preferenza aduperasi l'espressione *ad exemplum*.

delle azioni fu in generale estesa (6). Se l' estensione è fondata sopra una finzione pretoria, le *actiones utiles* son dette anche *actiones fictitiae* (7). In quanto agli effetti le *actiones utiles* sono in tutto eguali alle azioni dirette, quantunque nel tempo antico la diversità di tali azioni avesse influenza sulla forma di agire (8). Del resto *actio utilis* qualche volta per deviamento dalla sua vera significazione indica semplicemente un' azione ben fondata e quindi efficace, per mezzo della quale l'attore raggiunge il suo scopo (9).

b) *Secondo la indicazione.*

§ 59. Siccome per molte azioni si son formate delle proprie denominazioni prese dal fondamento, dallo scopo, dall' oggetto, o da altre proprietà delle medesime, le quali denominazioni servono nella teoria e nella pratica ad agevolarne l' intelligenza (1), così possono le azioni dividersi in nominate ed innominate. Le innominate si sogliono indicare citando la fonte di dritto dalla quale hanno origine, come *actiones ex lege*, *senatusconsulto*, *edicto* etc. (2). Non si vuol confondere col proprio nome dell' azione l' *adjectitia qualitas*, la quale è un aggiunta fatta alla denominazione per far rilevare qualche particolarità dell' azione (3). Alcune di queste aggiunzioni si riferiscono solo a determinate azioni (4), mentre altre possono incontrarsi anche nelle più differenti azioni, sol che in esse si trovino quelle particolari circostanze

(6) Ce ne danno degli esempi *Caj.* IV. 33.; L. 7. § 10. L. 23. pr. D. *de minor.* (4. 4.) L. 20. L. 43. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 47. § 3. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 20. pr. D. *de tut. act.* (27. 3.) *Caj.* II. § 253.; § 4. J. *de fideic. her.* (2. 23.) L. 16. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 5. C. *de hered. vend.* (4. 39.) l. 2. C. *de* O. et A. (4. 10.) L. 5. C. *quando fisc. vel priv.* (4. 15.) L. 8. L. 9. C. *de her. vend.* (4. 39.) L. 18. C. *de legat.* (6. 37) L. 46. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 10. § 1. D. *de captiv.* (49. 15.)

(7) *Ulp.* XXVIII. 12.; *Caj.* 33-38.

(8) L. 47. § 1. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(9) § 1. J. *vi bon. rapt.* (4. 2.) L. 24. D. *de lib. caus.* (40. 12.) L. 23. § 21. D. *de* V. O. (45. 1.) L. 41. pr. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 31. D. *de* R. J. (50. 17.)

(1) È un' idea inesatta che presso i Romani l' attore avesse dovuto indicare il nome della sua azione, e che appunto per questo fossero formati i nomi. Il nome non toccava la natura dell' azione più che al presente, e le denominazioni delle azioni non aveano generalmente presso i Romani altro scopo che quello che anche oggidì hanno. Confr. *Savigny* Sistema § 224.

(2) Arg. L. un. D. *de cond. ex* l. (13. 2.) Ce ne dà un esempio l' *actio legis Aquiliae.*

(3) Arg. L. 5. § 1. D. *de exerc. act.* (14. 1.)

(4) p. es. l' aggiunto *aestimatoria* nell' *actio injuriarum.*

alle quali le predette aggiunzioni si riferiscono (5). Ma tutte le azioni alle quali si appongono cosiffatte aggiunte ora son chiamate *actiones adjectitiae qualitatis.*

c) Secondo la relazione delle parti con l'oggetto litigioso.

§ 60. Ordinariamente i dritti di azione competono solo a determinate persone. Non pertanto due specie di azioni formano un' eccezione da questo principio. 1.° Le *actiones publicae* s. *populares* che possono essere intentate da ognuno (1), nelle quali, a dir vero, l' attore non viene come investito di un proprio dritto, ma come rappresentante o procuratore dello Stato (2), giacchè queste azioni si riferiscono a quei casi, ne'quali vien leso un pubblico interesse, e per tal ragione ne sono esclusi coloro che non possono venir in giudizio per altri (3), e quando uno ha esercitato l' azione, il giudizio è esaurito per tutti (4), purchè il motivo o fondamento dell'azione non duri tuttora (5). 2° Le *actiones duplices*, s. *mixtae*, cioè quelle azioni le quali ciascuna delle parti contendenti può egualmente intentare (6), il perchè in esse anche i rapporti delle parti sono eguali, e non si fa luogo a parecchie differenze, le quali in altri casi bisogna fare tra l' attore ed il convenuto (7). Dall'altro lato anche la relazione di convenuto per regola è personale, giacchè la violazione del dritto, la quale genera l' azione, non solo per lo più la fa nascere una volta per sempre contro determinate persone, ma anche in moltissime azioni non può procedere che da determinate persone. Nondimeno anche da questa regola sono eccettuate due spezie di azioni : 1.° Le azioni contro il possessore , nelle quali la condizione della loro ammisibilità è il possesso di certe cose da parte del convenuto. Queste in parte son dirette al rilascio delle cose stesse (8) , ed in parte anche al solo adempimento di quelle obbliga-

(5) p. es. l' aggiunto *sequestraria* , *exercitoria* , *institoria* , *quod jussu* , *de in rem verso* , *de peculio* , *tributoria*.

(1) L. 2. L. 3. § 1. D. *de popul. act.* (47.23.) L. 2. § 1. 2. D. *de interd.* (43.1.) Il mio prospetto del sistema di dritto de' Rom. § 37.

(2) L. 1. D. *de popul. act.* (47. 23.)

(3) L. 4. L. 6. D. *eod.*

(4) L. 3. pr. D. *eod.*

(5) L. 3. § 13. D. *de lib. hom. exhib.* (43. 29.)

(6) § 7. J. *de interd.* (4. 15.) L. 13. D. *de jud.* (5. 1.) L. 10. D. *fin. reg.* (10. 1.) L. 37. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(7) L. 10. D. *fin. reg.* (10. 1.) L. 2. § 3. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 2. § 1. D. *comm. div.* (10. 3.)

(8) V. appresso § 62.

zioni, alle quali il possessore è tenuto (9). Intanto in ambedue i casi al vero possesso viene eguagliato il possesso finto, il quale si ammette quando il convenuto o *liti se obtulit*, cioè falsamente si fè credere possessore (10), o *dolo possidere desiit*, cioè a fine di rendere all'attore più difficile o al tutto impossibile il conseguimento del suo dritto dolosamente lasciò il possesso (11), senza però trasferirlo in altri (12). Secondo il nuovo dritto romano è tutto lo stesso (13) se il convenuto possegga in suo proprio nome, ovvero eserciti il possesso sol per conto di un altro (14), ma in quest' ultimo caso egli può liberarsi dalla lite mediante la così detta *laudatio auctoris*, chiamando il suo autore ad assumer la lite (15). 2.° Le *actiones noxales* (16), per le quali s' intendono le azioni dirette al ristoro del danno o ad una pena privata per gli atti dannosi di un *homo alieni juris*, ovvero di una bestia, le quali azioni si danno contro il padrone, ma vale in esse il principio che *noxa caput sequitur*, l' obbligazione grava sullo stesso colpevole, cosicchè il padrone si debba riguardar solo come rappresentante del medesimo, il che produce le seguenti conseguenze: 1° che l' azione sempre dee dirigersi contro colui al quale nel tempo che l' azione s' introduce, il colpevole si appartiene, ancorachè ei non l' avesse posseduto nel momento che il danno fu recato; imperocchè solo il padrone attuale può esser chiamato a rappresentarlo (17); 2.° che col cessare del dominio sul colpevole si estingue anche la risponsabilità pel suo fatto (18); e 3.° che il padrone citato si

(9) V. sopra § 3. Nota 5. ed appresso § 62. Nota 29.

(10) L. 13. § 13. L. 45. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 25-27. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 6. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.)

(11) L. 14. § 5. D. *quod met. causa* (4. 3.) L. 25. § 8. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 27. 13. L. 36. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 6. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 5. § 2. L. 9. L. 14. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 131. L. 157. D. *de* R. J. (50. 17.)

(12) Solo l'*actio ad exhib.* forma qui un' eccezione L. 9. pr. § 2. D. *ad exhib.* (10. 4.). In altri casi l'attore si dee dirigere al nuovo possessore, ed ha soltanto l' *actio de alienatione judicii mutandi causa* contro l' alienante.

(13) V. la più ampia esposizione di ciò nella teorica del possesso.

(14) L. 9. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 3. § 15. L. 4. L. 7. § 1. D. *ad exhib.* (10. 4.) Pare che anticamente sia stato altrimenti; V. il mio articolo nell' Archiv. per la prat. civ. Vol. XX. No. 2. p. 19.

(15) L. 2. C. *ubi in rem actio* (3. 19.); *Linde* tratt. della proc. civ. Bonn. 1823. No. 4.

(16) *Zimmern* Sistema delle azioni noxali Heidelb. 1820. 8.

(17) *Caj.* IV. 77. seg.; § 5. J. *de nox. act.* (4. 8.) L. 7. L. 42. § 2. L. 43. D. *eod.* (9. 4.) L. 1. § 12. 17. D. *si quadrup.* (9. 1.)

(18) L. 1. § 13. D. *eod.* L. 21. L. 26. § 4. L. 29. L. 32-33. L. 39. § 4. L. 42.

può liberare con la *noxae datio*, cioè col rilasciare all'attore l'uomo o l'animale che ha cagionato il danno (19). Secondo l'antico dritto tutte le azioni pei delitti degli *homines alieni juris* appartenevano alle *actiones noxales* (20), ma secondo la disposizione di Giustiniano le azioni pei delitti de' *filiifamilias* debbono intentarsi solo contro i medesimi, e non più contro il padre (21). Pei danni commessi dagli animali solo in alcuni casi si dà luogo alle *actiones noxales*, giacchè in altri quegli che era proprietario al tempo del danneggiamento è assolutamente obbligato come se egli medesimo avesse commesso il danno (22).

d) *Secondo l'oggetto ed il fine.*

§ 61. Abbenchè ciascuna azione abbia il suo particolare oggetto, pure gli oggetti ed i fini possibili si possono ridurre a moltiplici classi, alle quali corrispondono moltiplici divisioni delle azioni. Sotto questo rapporto si distinguono:

1.° Le *actiones poenales* s. *ex facto*, le quali tendono al pagamento di una pena privata (1), le *actiones rei persequendae causa comparatae*, s. *persecutiones*, il cui oggetto non è una pena, ma qualche altra cosa, compreso il risarcimento del danno (2), e le *actiones mixtae*, delle quali s'incontrano due specie: 1) le azioni pei delitti privati, con le quali si può chiedere ad un tempo il risarcimento del danno e la pena privata (3), che talvolta son riguardate come pure azioni penali (4), e 2)

§ 1. D. *de nox. act.* (9.4.) *Caj.* IV. 81. Ma se l'*homo alieni juris* colpevole sia divenuto libero, si può allora intentar l'azione contro lui medesimo L. 14. § 1. L. 15. L. 42. pr. D. *eod.* L. 7. pr. D. *de dolo* (4. 3.)

(19) *Caj.* IV. 75. 76.; pr. § 2. J. *de nox. act.* (4. 8.) pr. J. *si quadrup.* (4. 9.) L. 1. pr. § 14. D. *eod.* (9. 1.) L. 1. L. 21. pr. D. *de nox. act.* (9. 4.)

(20) L. 1. § 2. D. *de priv. del.* (47.1.) L. 9. D. *quod falso tut.* (27. 6.) L. 5. D. *de interd.* (43. 1.)

(21) § 7. J. *de nox. act.* (4. 9.)

(22) § 1. J. *si quadrup.* (4. 9.) L. 40-42. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(1) *Caj* IV. 8.; § 12. 18. 19. J. *de act.* (4. 6.) L. 25. § 1. D. de O. et A. (44. 7.)

(2) *Caj.* IV. 6. 7.; § 17. J. eod. L. 28. L. 37. pr. D. de O. et A. (44. 7.) L. 34. D. de V. S. (50. 16.)

(3) § 19. J. eod. § 1. J. *de obl. quae quasi ex del.* (4. 5.) pr. J. *vi bon. rapt.* (4. 2.) L. 4. D. *eod.* (47. 8.) L. 7. § 7. L. 8. pr. D. *arb. furt. caes.* (47. 7.) L. 1. § 4. D. *de his qui effud.* (9. 3.)

(4) L. 2. § 27. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.) L. 22. § 1. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 23 § 8. D. ad L. Aquil. (9. 2.) confr. col § 19. J. *de act.* (4. 6.)

le azioni le quali per sè son solamente *rei persecutoriae*, ma quando il convenuto è convinto di mendacio portano la pena del pagamento del doppio, *actiones in quibus lis infitiando crescit in duplum* (5).

2.° Le *actiones in simplum* cioè nel semplice, e le *actiones in duplum*, s. *triplum*, s. *quadruplum*, le quali si trovano solo tra le azioni penali e le azioni miste, e dipendono da ciò, che le pene private ordinariamente consistono nel dover pagare in danaro in più cotanti l'ammontare dell' interesse dell' attore (6).

3.° Le azioni colle quali si tende alla condanna del convenuto a fare o a tralasciare qualche cosa, quale è per regola il caso ordinario (7) e le azioni pregiudiziali, *praejudicia*, per le quali l'attore chiede soltanto la risoluzione di una quistione tra lui ed il convenuto. Quantunque per verità egli ciò faccia nel fine di potere in seguito fondare su tal decisione delle pretensioni o dritti, pure immediatamente non chiede nulla dal convenuto (8), e per tal ragione anche le azioni pregiudiziali, come quelle che si possono egualmente intentare da parte de' due contendenti appartengono alle *actiones duplices* (9).

4.° Le azioni petitorie *judicia petitoria*, le quali tendono allo stabilimento definitivo del dritto su di una cosa, e le azioni possessorie, *judicia possessoria*, le quali riguardano solamente il possesso (10).

5.° Le *actiones incertae*, le quali contengono per rapporto all'oggetto una certa indeterminazione la quale solo col giudizio può esser tolta, e le *actiones certae*, nelle quali è ben precisato il *quid*, *quale*, *quantum* di ciò che l' attore vuol conseguire (11). Una specie subordinata di.

(5) *Caj.* IV. 9. 171-173. III. 116. 127. II. 282.; *Paul.* S. R. I. 19. Collat. X. 7.; § 17. 23. 26. J. *de act.* (4. 6.) L. 2. § 1. L. 23. § 10. D. ad L. Aquil. (9.2.) L. 1. § 1-4. D. *depos.* (16. 3.) L. 4. C. ad L. Aquil. (3. 35.) Cic. pro Flacco c. 21. L. 10. C. *unde vi* (8. 4.) *Sell.* negli annali per lo svolgimento storico e dommatico del dritto Rom. vol. II. No. 1.

(6) § 21-27. J. *de act.* (4. 6).

(7) Ma si va tropp' oltre quando, siccome comunemente si fa, si pone a scopo essenziale di tutte le azioni la condanna del convenuto, imperocchè questo scopo manca nelle azioni pregiudiziali.

(8) *Caj.* IV. 44. 133. III. 123.; *Paul.* V. 9. § 1.; L. 30. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.) L. 1. § 16. L. 2. L. 3. L. 5. § 18. L. 7. D. *de agn. et al. lib.* (25. 3.) L. 1. § 2. D. *de rei vind.* (6. 1.) § 13. J. *de act.* (4. 6.) Theoph. ad h. l.

(9) L. 12. D. *de except.* (44. 1.)

(10) L. 36. pr. D. *de rei vind.* (6. 1.) § 2-6. J. *de interd.* (4. 15.) L. 14. § 3 D. *de exc. rei jud.* (44. 2.)

(11) *Caj* IV. 49. 54. 131. L. 7. § 2. D. *de pact.* (2. 14.) L. 3. § 2. L. 5. pr. L. 76. § 1. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 1. § 5. L. 5. D. *si pars hered. pet.* (5. 4.) L. 8. § 1. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 2. D. *de stip. praetor.* (46. 5.)

queste ultime sono le *actiones certi* s. *de certa pecunia*, cioè le azioni per una determinata somma di danaro, la quale si ritiene come l'*absolute certum*, giacchè qui non può neppure divenir necessaria una stima del valore (12).

c) *Secondo il fondamento dell' azione.*

§ 62. Sulla differenza del fondamento dell' azione è poggiata:

1.° La distinzione delle *actiones in rem* ed *in personam* (1), che i romani pongono in cima di tutto il sistema delle azioni (2), e che viene eziandio espressa dalle parole *vindicationes et condictiones* (3), ovvero *petitiones et actiones* (4). Le *actiones in rem* possono eser riguardate come la regola, le *actiones in personam* come l' eccezione. Imperocchè alle ultime appartengono esclusivamente le azioni de' creditori contro i loro debitori per l'adempimento dell' obbligazione, ma alle prime per contrario appartengono tutte quante le azioni civili fondate sopra altre cagioni (5), e però le più diverse azioni ci si presentano come *actiones in rem*. Esse secondo il loro scopo si dividono in *affermative* che tendono a far valere, e *negative* che son dirette ad impugnare un dritto (6), e secondo la loro estensione si dividono in *actiones de universitate*, che hanno per fondamento il dritto ad un intero patrimonio o ad una porzione del medesimo, ed in *actiones in rem speciales*, che riguardano soltanto un dritto sopra una cosa particolare (7). Di queste le principali specie sono: 1) le *vindicationes* per lo rilascio di una cosa in forza di un dritto reale effettivo o finto, cioè la *vindicatio directa*

(12) *Caj.* IV. 19. pr. J. de V. O. (3. 15.) L. 6. L. 9. D. *de reb. cred.*. (12. 1.) L. 4. pr. D. *de usur.* (22. 1.) L. 1. pr. D. *de cond. trit.* (13. 3.) confr. con la L. 2. L. 3. D. *eod.*; *Caj.* IV. 52.

(1) *Thibaut* Saggi vol. II. No. 2.; *Feuerbach* Saggi civ. No. 8.; *Schweppe* Mag. giurid. No. 2.; *Du Roi* nell' Archiv. per la prat. civ. v. VI. No. 14. 18. vol. VII p. 142. seg.; *Savigny* Sistema vol. V. § 206. seg.

(2) § 1. J. *de act.* (4. 6.)

(3) L. 25. pr. D. de O. et A. (44. 7.) § 15. J. *de act.* (4. 6.); *Caj.* IV. 5. 18. Sull' etimologia di *vindicatio* confr. Müller nel Museo Ren. v. V. p.190. e *Christiansen* Storia del dritto p. 122. seg.

(4) L. 28. D. de O. et A. (44. 7.)

(5) § 1. 2. J. *de act.* (4. 6.) L. 25. pr. D. de O. et A. (44. 7.); *Caj.* IV. § 2-4.

(6) § 2. J. eod.; *Caj.* IV. 4.

(7) L. 1. § 2. L. 27. § 3. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 8. L. 25. § 18. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 3. C. *de praescr.* 30. *ann.* (7. 39.)

del proprietario (8), la *utilis vindicatio* dell' enfiteuta (9), la *utilis vindicatio* del superficiario (10), l' *actio publiciana* (11), e l' *actio hypothecaria* (12), mere azioni contro il possessore, le quali da qualche solo caso in fuori (13) presuppongono che non già l' attore, ma il convenuto si trovi nel possesso della cosa litigiosa (14); 2) La *vindicatio liberorum* (15); 3) La *vindicatio liberti* (16); 4) La *vindicatio in servitutem et in libertatem* (17); 5) La *vindicatio tutelae* (18); 6) L'*actio confessoria s. vindicatio servitutis* (19); 7) L'*actio negatoria* (20); 8) Le *actiones praejudiciales* (21); e 9) I *judicia divisoria* per la divisione e distribuzione di una comunione di dritto (22). Per ciò che riguarda il motivo della denominazione di *actio in rem et in personam*, esso sta nella diversa forma in cui il fondamento dell' azione si dovea esprimere presso i Romani. Nelle azioni per l'adempimento di un' obbligazione nella dimostrazione della *causa debendi* era necessario di indicare (23) il convenuto come personalmente obbligato, e però le parole tecniche erano N. N. *dare s. facere oportere* (24). Ma nelle altre azio-

(8) *Caj.* IV. 3. ; § 1. J. *de act.* (4. 6.) L. 1. § 1-3. L. 23. pr. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(9) L. 1. § 1. D. *si ag. vect.* (6. 3.) L. 15. § 26. D. *de d. inf.* (39. 2.)

(10) L. 1. § 3. 6. D. *de superf.* (43.18.) L. 73. § 1. L. 74. L. 75. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(11) *Caj.* IV. 36.; § 3. 4. 31. J. *de act.* (4.6.) L. 7. § 8. D. *de Publ. act.* (6. 2.)

(12) § 31. J. *de act.* (4. 6.) L. 16. D. *de serv.* (8. 1.) L. 17. D. *de pign.* (20.1.) L. 12. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 10. C. *de pign. act.* (4. 24.)

(13) § 2. J. *de act.* (4. 6.) Senza dubbio s' intende del caso in cui il possessore civile rivendica dal suo proprio detentore p. es. il locatore dal suo conduttore, ovvero il proprietario dall' usufruttuario (L. 7. pr. D. *ususfruct. quemad. caveat.* 7. 9.), nel qual caso non vi è restituzione di possesso civile L. 12. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.)

(14) § 2. J. cit. L. 25. pr. D. de O. et A. (44. 7.)

(15) L. 1. § 2. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(16) L. 3. § 3. L. 4. L. 5. pr. L. 32. D. *de lib. causa* (40. 12.)

(17) L. 7. § 5. D. *eod.*

(18) *Caj.* I. 168.; *Ulp.* XI. 6-8. XIX. 11.

(19) *Caj.* IV. 3.; § 2. J. *de act.* (4. 6.) L. 1. pr. L. 5. pr. § 1. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 2. § 1 D. *si serv. vind.* (8. 5.) L. 7. D. *de act. empti* (19. 1.)

(20) *Caj.* IV. 3.; § 2. J. *de act.* (4. 6.) L. 2. pr. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(21) § 13. J. *de act.* (4. 6.)

(22) § 20. J. eod. ; *Teoph.* ad h. l. ; L. 1. D. *comm. div.* (10. 3.). Non si oppone la L. 1. D. *fin. reg.* (10. 1.) « Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est », il che vuol solamente esprimere che l' azione può aver luogo solo contro determinate persone, cioè contro il vicino confinante.

(23) L. 14. § 2. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.)

(24) *Caj.* IV. 2. 4. L. 3. pr. L. 25. pr. D. de O. et A. (44. 7.)

ni bastava di proporre l'assunto che la tal cosa appartenesse all'attore, o viceversa che un dritto preteso, o un certo stato non fosse giuridicamente fondato, il che dicevasi diriger l'azione alla cosa stessa, *in rem concipere actionem* (25), e qui non era neppur necessario di arrecar subito in mezzo il titolo di acquisto del dritto in contesa (26). Ma questa diversa forma dipendeva da ciò, che le *actiones in personam* possono intentarsi solo contro il debitore, e quindi regolarmente solo contro una determinata persona, ma nelle altre azioni ordinariamente solo la violazione del dritto è quella che determina il convenuto (27). Questo però non si riscontra generalmente, essendochè le *actiones in personam* per rapporti mediati di obbligazione (28), le quali perciò appunto una volta son dette *actiones in rem scriptae* (29), si danno contro il possessore (30), e dall'altra parte più azioni *in rem* non possono aver luogo che contro determinati individui (31). Non ci ha azioni che sieno nello stesso tempo *in rem* ed in *personam* (32), ma sibbene un paio d'azioni *in rem*, le quali solo accidentalmente possono servir per la riscossione di un debito, il che ha dato occasione di indicarle come *actiones mixtae* (33).

2.° Formano anche una specie particolare di azioni per rapporto al loro fondamento i *judicia de statu*, in cui l'attore o reclama per sè un determinato *status*, ovvero lo contrasta ad un altro (34). Se la lite cade sulla libertà di alcuno chiamasi in preferenza *liberale judicium* (35). Le *causae status* che possono riguardare anche lo stato di un morto,

(25) § 2. 3. J. *de act.* (4.6.) L. 14. § 2. D. *de exc. rei jud.* (44.2.) L. 25. pr. D. de O. et A. (44. 7.); *Caj.* IV. 3. 34. 35. 45. 51. 86. 87. 91-93. II. 194.

(26) L. 11. § 1. 2. L. 14. § 2. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.)

(27) L. 25. pr. D. de O. et A. (44. 7.)

(28) V. sopra § 3.

(29) L. 9. § 1. 8. D. *quod met. causa* (4. 2.)

(30) V. sopra § 60.

(31) p. es. la vindicatio in servitutem esclusivamente contro il preteso schiavo.

(32) *Lohr* nel Mag. per la legislazione e la scienza del dritto v. IV. No. 2.

(33) Queste sono: la *hereditatis petitio* L. 25. § 18. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 7. C. eod. (3. 31.) confr. con la L. 13. L. 14. L. 15. L. 16. L. 42. D. *eod.*; e i *judicia divisoria* § 20. J. *de act.* (4. 6.); *Theoph.* ad h. l.; L. 1. D. *fin. reg.* (10. 1.); *Apuleji* Metam. VI. p. 138. 139. IX. p. 216. 217.; *Frontin. de controv.* ed. Goes. p. 76. confr. col § 3. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 4. § 3. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 22. § 4. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 1. §. 1. C. *de ann. exc. Ital. contr.* (7. 40.)

(34) L. 8. L. 14. D. *de probat.* (22. 3.) L. 7. §. 5. D. *de lib. causa* (40. 12.)

(35) L. 10. L. 24. pr. L. 25. § 2. D. *de lib. c.* (40. 12.)

ma non sono ammissibili più di cinque anni dopo la morte (36), in seguito di un decreto del senato sotto l' imperadore Tito (37) furono presso i Romani ordinariamente trattate per via di *praejudicia* (38), non pertanto relativamente a tali cause s' incontrano non solo le *vindicationes* (39), ma anche altre specie di azioni. (40).

f) Secondo le facoltà del giudice.

§ 63. Appo i Romani per rispetto alle facoltà del giudice una gran diversità s' incontrava nelle azioni.

1.° La divisione principale a ciò relativa era la distinzione di *actiones stricti juris* e *bonae fidei* (1), ovvero *judicia* ed *arbitria* (2). Quest' ultima designazione provenne da ciò che in quelle il *judex privatus* dicevasi *judex*, ed in queste *arbiter*, quantunque questo uso di linguaggio non fosse costante (3); al contrario la prima designazione provenne dalla forma e dal modo come la *formula judicii*, cioè l' istruzione pel giudice era composta. Nelle *actiones stricti juris*, le quali in preferenza furon dette anche *condictiones* (4), e sono mere *actiones in personam*, il pretore proponeva a risolvere al *judex* solo alcune determinate quistioni di fatto, le quali costui non poteva oltrepassare, cosicchè egli dopo esaminate le cose dovea semplicemente affermare o negare, ma intorno al punto di dritto non avea propriamente nulla a fare, ed in ciò appunto stava lo *strictum jus* che lo legava. Per contrario ne' giudizi di buona fede l' *arbiter* senza una indicazione di speciali quistioni avea l' incarico generale di conoscere: « *quantum ex fide bona praestari oportet* » ovvero « *quantum aequius melius* » ovvero « *ut inter bonos bene agier oportet* » (5), con che era lasciato a lui

(36) L. 1. L. 3. D. *ne de statu defunct.* (40. 15.) L. 1. C. eod. (7. 21.)

(37) L. 4. C. eod. ; *Sueton.* in Tito c. 8. V. la mia St. § 104. La disposizione fù più volte rinnovata L. 4. pr. D. *eod.*; *Capitol.* in M. Anton. c. 10.

(38) § 13. J. *de act.* (4. 6.)

(39) L. 8. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 1. § 2. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(40) L. 1. § 2. D. *cit.* L. 3. § 3. 4. D. *de lib. exhib.* (43. 30.) L. 1. C. eod. (8. 8.)

(1) § 28. J. *de act.* (4. 6.) *Mayer* la *litis contestatio* storicamente esposta. Stuttgart 1830 p. 73-117. , *Savigny* Sistema § 218. ed Agg. XIII.

(2) *Cic.* pro Rosc. Com. c. 4.

(3) *Cic* pro Murena c. 4. Quel che ammette il *Savigny* Sistema § 218. Nota 4. che solo il *judex* e non già l' *arbiter* fosse preso dall' *Album judicum* non si può bene dimostrare. Solo s' intende che qui non si tratta di periti estimatori che possono incontrarsi anche nell' *extraordinaria cognitio* e che si chiamano parimente *arbitri*.

(4) V. appresso § 65. e *Savigny* Sistema Agg. XIV.

(5) *Cic.* pro Rosc. Com. c. 4. de Off. III. 16-17. Top. c. 7. *Seneca* de *benef.* III. 7. de Clem. II. 7. *Caj* IV. 52. 54.

stesso di giudicare qual fosse la quistione essenziale, e che cosa fosse conforme al dritto (6). Questi poteri dell' *arbiter* conferitigli da siffatta generale autorizzazione formano l'*officium arbitri* s. *judicis* (7), nel quale però non si conteneva anche il dritto di prendere in considerazione di ufficio le pretese e i dritti delle parti senza loro domanda (8). Ma questa distinzione di forma dipendeva da differenze intrinseche, le quali sopravvissero anche dopo che le *formulae judicii* caddero in disuso presso i Romani. Imperocchè 1) le *actiones strictis juris* vanno esclusivamente all'oggetto immediato dell'obbligazione (9), o al suo valore, allorchè quello per colpa del convennto non può ottenersi (10), e su ciò non si ammette neppure il *juramentum in litem* dell'attore per estimarne il valore (11), ma non si estendono in alcuna guisa agl' interessi accessorii dell'attore (12), neppur quelli che son fondati sopra un espresso patto aggiunto *pactum adjectum* (13); al contrario nelle *actiones bonae fidei* le quali possono esser dirette non solo all'adempimento di un debito, ma anche alla restituzione di una cosa già data, se il rapporto di obbligazione sia rivocato o divenuto caduco (14), l'attore può

(6) È un errore di alcuni moderni che l'*arbiter* non dovesse decidere secondo la legge e il dritto, ma secondo una sua equa estimazione. pr. J. *de off. jud.* (4. 17.)

(7) § 1. seg. J. eod. L. 7. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 68. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 47. L. 49. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 54. pr. D. *loc. cond.* (19. 2.) L. 25. § 8. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(8) Quando ne' giudizi di buona fede si attribuisce all' *officium judicis* il potere di aggiudicar gl' interessi all' attore, di prendere in considerazione le eccezioni del convenuto, di por mente al dolo delle parti, ciò significa solo che l' *arbiter* per la sua istruzione generale e senza bisogno di un espresso incarico del pretore è a ciò autorizzato, ma non già che egli possa ciò fare senza domanda delle parti; imperocchè la massima « non ultra petitum » valeva anche ne' giudizi di buona fede. L. 18. D. *comm. div.* (10. 3.) Non si oppone la L. 1. §. 3. L. 2. § 1. C. *de plus. pet.* (3. 10.) § 34. J. *de act.* (4. 6.) se questi luoghi si confrontano con *Caj.* IV. 56. 122.

(9) L. 7. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 99. D. *de* V. O. (45. 1.)

(10) L. 11. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 114. D. *de* V. S. (50. 16.)

(11) L. 5. § 4. L. 6. D. *de in lit. jur.* (11. 3.)

(12) L. 4. pr. L. 32. § 2. L. 37. L. 38. pr. § 15. D. *de usur.* (22. 1.). Per rispetto ai frutti goduti alcune *actiones stricti juris* facevano eccezione L. 28. § 1-3. D. *eod.*

(13) L. 7. § 5. D. *de pact.* (2. 14.) L. 10. L. 13. C. eod. (2. 3.) L. 24. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 3. C. *de us.* (4. 32.) L. 1. D. *de eo q. certo l.* (13. 4.) § 13. J. *de act.* (4. 6.)

(14) L. 9. § 1. D. *de cond. ob turp. caus.* (12. 5.) L. 6. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 16. D. *de in diem addict.* (18. 2.) L. 4. D. *de l. commis.* (18. 3.) L. 11. § 3. 5. 6. L. 13. § 27. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 23. D. *locati* (19. 2.) L. 1. § 9. L. 4. § 4. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 3. C. *quib. in caus. maj.* (2. 52.) L. 3. C. *comm. utriusq. jud.* (3. 38.) L. 2. 5. 8. C. *de rescind. vend.* (4. 44.) L. 2. C. *de pact. int. empt. et vend.* (4. 54.) L. 10. C. *de distr. pign.* (8. 28.).

chiedere che si tenga conto di tutti gl' interessi accessorii che son giusti (15), segnatamente domandare l' esecuzione de' *pacta adjecta* (16) ed il risarcimento pel dolo o per la colpa del convenuto (17), ed anche in molti casi per determinare il suo interesse può valersi del giuramento estimatorio (18). Ma siccome in questa guisa le *actiones bonae fidei* son più vantaggiose all' attore, così 2) dall' altra parte per pareggiare la condizione del convenuto, si concede a costui ne' *judiciis bonae fidei* per l'uso delle eccezioni una libertà molto maggiore che ne' *judiciis stricti juris* (19). Nel dubbio ogni azione si dee riguardare come *actio bonae fidei*; imperocchè le azioni di questa specie formano la regola (20), e solo poche determinate azioni appartengono alle *actiones stricti juris* (21).

2.° Qui si dee riferire eziandio una specie particolare di azioni cioè le *actiones arbitrariae*, le quali talvolta sono contrapposte alle *actiones bonae fidei* (22), ma in realtà non sono che una specie subordinata delle medesime. Ciò che hanno di particolare sta in questo, che la condanna contiene sempre il risarcimento dell'attore in tanto danaro quanto egli avrà giurato (23), ma preliminarmente il giudice dee sopra ciò pronunziare un suo avviso, *arbitrium de restituendo*, cioè come a suo

(15) § un. J. *de obl. quae ex cons.* (3. 23.) § 30. J. *de act.* (4. 6.) L. 7. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 14. § 1. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 7. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 24. D. *depos.* (16. 3.) L. 47. L. 49. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 54. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 38. § 15. D. *de usur.* (22. 1.)

(16) L. 7. § 5. D. *de pact.* (2. 14.) L. 1. § 6. 7. D. *depos.* (16. 3.) L. 72. pr. D. *de act. empti* (19. 1.)

(17) L. 7. pr. § 8. L. 9. pr. D. *de dolo* (4. 3.) L. 5. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 4. pr. L. 6. § 8. 9. L. 13. § 1-5. L. 30. § 1. L. 32. D. *de act. emp.* (19. 1.) L. 43. § 2. L. 68. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 23. D. *locati* (19. 2.) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.)

(18) L. 5. pr. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) L. 3. § 2. D. *commod.* (13. 6.)

(19) V. appresso § 71.

(20) Non si oppone la L. un. D. *de cond. ex lege* (13. 2.) e l' enumerazione incompiuta nel § 28. J. *de act.* (4. 6.). Il *Savigny* è di altra opinione in quanto ai tempi antichi, Sistema § 220. Egli avvisa che in origine tutte le azioni erano *stricti juris*. Ma l' *arbiter* nel dritto rom. s' incontra così presto come il *judex*.

(21) Tali sono la *condictio ex mutuo*, la *condictio ex stipulatu*, la *condictio furtiva*, includendovi l' *actio rerum amotarum* L. 26. D. *de act. amot.* (25. 2.), le *condictiones ex causa*, e secondo il dritto antico anche l' *actio ex testamento*.

(22) L. 3. § 1. D. *de usur.* (22. 1.)

(23) *Caj.* IV. § 163.; § 31. J. *de act.* (4. 6.); *Theoph.* ad h. l. confr. con la L. 14. § 1. 4. 7. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 18. pr. D. *de dolo* (4. 3.) L. 68. D. *de rei vind.* (6. 4.) L. 2. § 8. L. 3. L. 8. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 16. § 3. 4. D. *de pign.* (20. 1.) L. un. C. *ubi conven. qui certo loco* (3. 18)

credere, l'attore debba esser soddisfatto *in natura* (24), salvo quando sia certa l'impossibilità di una tale immediata soddisfazione, nel qual caso dee subito aver luogo la condanna al ristoro del danno (25). Del resto nella più parte delle *actiones arbitrariae* dipende dal convenuto se voglia ubbidire all'*arbitrium de restituendo*, o far eseguire la condanna; ma in alcune sulla domanda dell'attore egli può anche venir costretto a conformarsi all'*arbitrium*, cosicchè allora la soddisfazione in danaro ha luogo solo quando non si può altramente fare (26).

g) *Secondo la procedura.*

α) Principi della procedura ordinaria.

§ 64. La procedura giudiziaria de' Romani era parte ordinaria, quella cioè che regolarmente avea luogo, *judicium ordinarium* s. *ordo judiciorum privatorum*, parte straordinaria per alcuni casi determinati (1), per la qual cosa anche le azioni si dividevano in ordinarie e straordinarie (2). La procedura ordinaria per verità non era sempre della stessa forma, giacchè la diversità delle azioni, e degli oggetti litigiosi portava varie alterazioni nella procedura; non pertanto i seguenti punti formavano i tratti principali, e gli elementi essenziali della medesima.

1.° La *in jus vocatio*. L'attore dovea menare il convenuto innanzi al magistrato, ed era un dovere comune de' cittadini di ubbidire all'invito (2), dal che non si davano che poche eccezioni (3). Per trarre però al tribunale i genitori ed i *patroni* si dovea ottener prima il permesso del magistrato che rendea ragione (4), e se il convenuto non potea andare, l'attore dovea fornirlo de' necessari mezzi di trasporto (5). In caso che il convenuto ricusasse di seguir l'attore in giudizio, questi dopo

(24) *Cf.* l. c.; § 31. J. *de act.* (4. 6.) L. 9. § 7. 8. L. 10. § 2. L. 14. § 1. 4. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 18. pr. D. *de dolo* (4. 3.) L. 8. pr. D. *de alien. jud. mut. causa* (4. 7.) L. 68. D. *de rei vind.* (6. 1.), *Savigny*. Sistema § [illegible].

(25) L. 18. § 1. D. *de dolo* (4. 3.)

(26) L. 68. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(1) L. 47. § 1. D. *de neg. gest.* (3. 5.) Rubr. D. *de interd. sive extraord. act. quae pro his comp.* (43. 1.) § 8. J. *de interd.* (4. 15.) pr. J. *de success. subl.* (3. 12.)

(2) *Cic.* ad Herenn. II. 13.; L. 1. D. *de in jus voc.* (2. 4.) L. 2. pr. D. *si quis in jus voc.* (2. 5.) § 3. J. *de poena tem. litig.* (4. 16.)

(3) L. 2. L. 3. L. 4. pr. D. *de in jus voc.* (2. 4.); *Val. Max.* II. 4. § 5.

(4) L. 4-13. L. 22-25. D. *eod.* § 3. J. *de poena tem. lit.* (4. 16.)

(5) *Gell.* XX. 1.

aver chiamato *de' testimoni* poteva adoperar la forza (6), ed il giudice poteva anche punir di una multa il renitente (7). Soltanto allorchè il convenuto dava una sufficiente cauzione di presentarsi in un altro giorno, dovea esser rilasciato (8). A ciò si aggiunge che niuno poteva esser tratto di forza dalla sua abitazione o da un tempio (9), ed in vigore di un senatoconsulto sotto Marc-Aurelio neppure poteva esser tolto dal lavoro nella raccolta, o vendemia (10). Se l'avversario non si trovava, anticamente bisognava attendere; ma dipoi l'editto del pretore diede l'immissione nel possesso de' suoi beni (11). Eravi anche una particolare estensione della *in jus vocatio* per la rivendicazione di cose mobili, e stava in ciò che le cose reclamate doveano parimente esser portate innanzi al magistrato (12). Intanto la *in jus vocatio* dopo Marc-Aurelio potè esser surrogata da una *litis denuntiatio* denunziando al convenuto l'azione e facendolo citare a comparire in giudizio in un determinato giorno (13).

2.° *L'introduzione della causa in jure.* L'attore venuto innanzi al magistrato che tenea giurisdizione, dovea in prima domandare che gli si concedesse la sua azione, *petere* s. *impetrare actionem*, e qui apparteneva al magistrato il dritto di una preliminare *causae cognitio*, giacchè le azioni fondate sopra illecite pretensioni doveano di ufficio esser rigettate (14), ed in molte cause l'ammissione o il rifiuto di trattar la causa dipendeva dalla estimazione del giudice (15). Anticamente il convenuto poteva allegar l'eccezione dell' *azione non conceduta*, se questa era stata intentata immediatamente e senza che precedesse

(6) *Festo v. struere*; *Porphyr.* ad Horat. Sat. 1. 9. v. 65.

(7) L. 2. § 1. D. *si quis in jus voc. non ierit.* (2. 5.)

(8) L. 22. § 1. D. *de in jus voc.* (2. 4.) L. 1. L. 3. D. *si quis in j. voc. non ierit* (2. 5.) *Cic.* Top. c. 2.; *Caj.* IV. 46.; *Gell.* XVI. 10.

(9) L. 2. L. 3. L. 18. L. 21. D. *de in j. voc.* (2.4.) L. 103. D. de R. J. (50.17.)

(10) L. 1. pr. D. *de feriis* (2. 12.)

(11) L. 19. D. *de in jus voc.* (2. 4.) L. 2. D. *quib. ex caus. in poss. eatur.* (42. 4.)

(12) *Caj.* IV. 16.; L. 12. § 6. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 6. D. *ad exhibend.* (10. 4.)

(13) *Aurel. Victor de Caesar.* c. 16.; L. 2. L. 4. C. Theod. *de denunt.* (2. 4.) L. 1. L. 2. C. *quando libellus* (1. 20.)

(14) L. 27. pr. D. de V. O. (45. 1.)

(15) *Cic.* in Verr. II. 3. c. 65. ad Herenn. II. 13. *Caj.* IV. 84. L. 9. § 5. D. *de dolo* (4. 3.) L. 14. § 2. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 1. § 5. D. *si pars. her. pet.* (5. 4.) L. 2. pr. D. *quod cum eo* (14. 5.) L. 1. pr. D. *de superf.* (43. 18.) L. 15. § 34. D. *de injur.* (47. 10.) L. 3. pr. D. *de sep. viol.* (47. 12.) L. 4. C. *de his quae vi* (2. 20.)

una formale *impetratio actionis*; questo però fu abrogato da Costantino (16). L' istituzione poi dell' azione medesima *editio actionis* consisteva in una semplice esposizione dell' oggetto della lite, e del fondamento dell' azione senza alcuna dimostrazione del dritto (17), al che del pari brevemente rispondeva il convenuto se egli ammetteva il dritto dell'attore o no (18); aggiungendo forse le sue eccezioni, se pur voleva o dovea in quel momento proporle (19). Se il convenuto riconosceva tutto per vero, l'affare era finito senz' altro procedimento (20). Se per contrario egli contradiceva l'ammisibilità o l'applicabilità della scelta azione, allora lo stesso magistrato soleva giudicare di siffatta quistione preliminare (21), ma nondimeno poteva anche rinviarla al *judex* (22), e se questo avveniva, ovvero se si decideva per l'ammisibilità, ovvero se su di ciò non si era fatta quistione, allora seguiva l' *ordinatio judicii*, cioè la determinazione de' *judices*, innanzi ai quali la lite si dovea trattare, e la loro nomina, la quale originariamente si poteva far subito, ma in seguito per disposizione di un'antica *lex Pinaria* (23), non poteva farsi che in un nuovo termine dopo trenta giorni (24). In questo secondo termine si componeva anche l' istruzione e delegazione di potere pei *judices*, *formula judicii* (25), la quale fermava i punti della quistione per l'ulteriore procedimento (26), per la qual ragione anticamente vi si faceano intervenire de' testimoni, e da ciò questo atto ebbe il nome di *litis contestatio* (27). Al contrario pare che le scommesse che le parti facevano sul dritto in contesa, *spon-*

(16) L. 2. C. *de formul.* (2. 58.)

(17) L. 1 pr. § 1. D. *de edendo* (2. 13.) L. 3. C. *eod.* (2. 1.) L. un. C. *de lit. cont.* (3. 9.)

(18) *Caj.* IV. 15-17.

(19) V. appresso § 71.

(20) V. ap. § 78.

(21) *Cic.* de part. orat. c. 29. de invent. II. 19. pro Caecina c. 8.

(22) *Cic.* de part. orat. c. 29.

(23) V. la St. § 52. Alle ragioni quivi allegate nella nota 2 per dimostrare che la *Lex Pinaria* è forse più antica delle XII. Tavole si aggiunge anche Dion. Hal. VIII. 35. IX. 40. il quale fa menzione di un termine di 30 giorni anche prima di questo.

(24) *Caj.* IV. 15.

(25) *Cic.* in Verr. II. 2. c. 12. pro Cluent. c. 43.; *Caj.* IV. 15. 24. 26. 37; 47.; L. 39. L. 46. L. 57. L. 80. D. *de judic.* (5. 1.)

(26) *Cic.* pro Caecina c. 3. L. 23. L. 30. L. 34. L. 60. D. *de judic.* (5. 1.) L. 24. pr. L. 25 § 2. *de lib. causa* (40, 12.) L. 3. C. *de edendo* (2. 1.) L. 3. C. *si a non comp. jud.* (7. 48.)

(27) *Festo* p. *Contestari* A. *Danz.* de lit. cont. quae fuit tempore legis actionum. Jenae 1831. 8.

siones et restipulationes, mediante le quali in molti casi si dava alla lite un interesse accessorio, dovessero aver luogo nel primo termine (28). Ma sotto gl' imperadori sopravvenne un cambiamento di quest'ordine, di cui il primo a far menzione fu Settimio Severo; il cambiamento fu questo, che la nomina de' *judices* si faceva subito dopo l'*editio actionis*, ed il convenuto, a fine di ben ponderar l' azione non era tenuto a dichiararsi sulla medesima che in un secondo termine dopo dieci giorni, che Giustiniano estese a venti, ne'quali l'azione gli dovea esser notificata; e però dipoi si disse che la contestazione della lite *seguiva alla* dichiarazione del convenuto dopo la quale ambedue le parti riferivano l'affare al magistrato per determinare i punti della contesa (29). Questi atti introduttivi del giudizio si chiamavano procedimento *in jure* (30), e per questo mezzo la causa era *ex jure in judicium deducta*.

3.° *Il procedimento e la decisione della lite in judicio.* Per la discussione della causa innanzi ai *judices* si stabiliva ordinariamente il secondo giorno, *dies perendinus* dopo la contestazione della lite (31). Qui l'attore o il suo procuratore cominciava con una breve esposizione, *causae collectio s. conjectio* che avea per iscopo di dare al *judices* un cenno anticipato de' principali momenti della causa, e de' fatti che le servivano di appoggio (32), dopo di che seguiva l' esposizione particolareggiata dell' azione, e la difesa del convenuto. Se l' attore rispondeva, poteva alla sua volta il convenuto rispondere di nuovo, *duplicare*, ma ordinariamente con la duplica si ponea fine alla discussione, quantunque si potessero anche permettere ulteriori risposte (33). Le parti solevano produrre le loro pruove nello stesso tempo che allegavano le difese alle quali erano relative (34), e per tal modo i giudici erano nello stato di poter pronunziare la sentenza subito dopo le difese delle parti, purchè però non avesse a pronunziarsi preliminarmente un *arbitrium de restituendo*. Nondimeno non solo si poteva impartire un termine per la produzione delle pruove (35),

(28) *Caj.* IV. 31. 91. 165. ; *Cic.* pro Rosc. Com. c. 4.
(29) L. un. C. *de lit. cont.* (3. 9.) L. 14. § 1. C. *de jud.* (3. 1.) L. 2. 6. *de jusjur. propter calumn.* (2. 59.) L. 3. C. *de ed.* (2. 1.) confr. con la Nov. 53. c. 3.
(30) L. 11. D. *de just. et jure* (1. 1.) ; *Gell.* XX. 10.
(31) *Caj.* IV. 15.
(32) *Caj.* l. c. ; *Ascon.* ad Cic. in Verr. II. l. c. 9. ; *Gell.* XVII. 2. ; L. 1. D. de R. J. (50. 17.)
(33) *Caj.* IV. 126. 129. ; § 2. 3. J. *de repl.* (4. 14.) L. 4. C. *de except.* (8. 36.
(34) *Cic.* pro Rosc. Com. c. 4. ; *Macrob.* Saturn. II. 2. ; *Gell.* XIV. 2.
(35) L. 7. D. *de feriis* (2. 12.) L. 36. D. *de judic.* (5. 1.) Nov. 115. c. 2.

ma in caso di bisogno si assegnava anche un termine speciale per la dimostrazione e confutazione delle medesime, *altercatio* (36). L'ufficio del giudice terminava con la sentenza, la quale anticamente in caso di condanna esprimeva sempre una somma di danaro, che il convenuto dovea pagare come indennità, quando l'oggetto proprio della lite non si potesse prestare (37). Per l'esecuzione della sentenza vi era nuovamente bisogno di ricorrere al magistrato (38).

β) *Legis actiones.* (*)

§ 65. Con la procedura ordinaria stavano anticamente in relazione le *legis actiones* s. *actiones legitimae*, forme legali di far valere i dritti, delle quali ci avea cinque maniere (1). Ciò che aveano di caratteristico stava in questo che tutte le necessarie dichiarazioni o manifestazioni di volontà doveano farsi in certe formole ed espressioni, stabilite, alle quali così rigorosamente si stava, che il menomo sbaglio nella loro applicazione, almeno per l'attore, traeva per conseguenza la perdita del dritto che si volea far valere (2), la qual pena nelle XII. Tavole era anche stabilita per la domanda maggiore (3). Oltre a ciò vi erano ancora delle speciali restrizioni, come p. e. che le *legis actiones* non potevano istituirsi in un *dies nefastus* (4), che in esse, salvo poche eccezioni, non era ammesso alcun procuratore delle parti (5), e che non si potevano allegare delle eccezioni, come in seguito fu permesso (6). Le cinque antiche *legis actiones* si dividono in due classi.

1.° Tre delle medesime erano forme introduttive dell'ordinaria

(36) *Quintil.* Inst. Orat. VI. 4. confr. ivi V. 5. 7.

(37) *Caj.* IV. 48. 52. confr. col § 32 *J. de act.* (4. 6.)

(38) L. 15. pr. D. *de re jud.* (42. 1.) Non si opponi la L. 68. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(*) *E. Dupont Disquis.* in Comment. IV. Instit. Caji L. B. 1822. 8. c. 1. § 2. e seg.; *van Hasselt.* de leg. act. Groningae 1823. 8.; *Olsen.* le leg. act. Pars. I. et II. Hafn. 1837. 8. Sulle *legis actiones* e sul tribunale Centumvirale, Zwickau 1839. 8.

(1) *Caj.* IV. 11. 12.; L. 2. § 6. D. de O. J. (1. 2.); *Gell.* XX. 10.; *Ulp.* XI. 24. 27.; *Plauti* Mercat V. 4. v. 80. Aulular. III. 2. v. 10.; *Terent.* Phorm. V. 7. v. 91.

(2) *Caj.* IV. 11. 30.

(3) *Cic.* de orat. I. 37.

(4) *Ovid.* Fast. I. 48.; Festo p. *Religiosus*; *Liv.* IX. 46.

(5) *Caj.* IV. 82.; L. 123. pr. D. de R. J. (50. 17.)

(6) *Caj.* IV. § 108.

prodursi innanzi il magistrato in *jure* (7); cioè 1) la *sacramenti actio*, il cui nome derivò da una somma da pagarsi dal soccombente, che era destinata al pubblico culto, *ad sacra facienda*, e però dicevasi *sacramentum*; questa somma pagavasi al collegio de' pontefici, e perciò le parti doveano preliminarmente o deporla presso i pontefici o dar cauzione pel pagamento (8). La somma richiesta, quando il valore della lite oltrepassava i mille assi era di cinquecento assi, in altro caso era solo di cinquanta. Il procedimento di quest'azione applicabile in tutte le cause (9), quando si trattava di un' *actio in personam* era semplicissimo. Si cominciava con le parole: « *Ajo te N. N.* (*ex empto*) *mihi dare* (*s. facere*) *oportere* (*centum*) » (10); al che il convenuto, se voleva impugnare la domanda, rispondeva semplicemente: « *Nego me tibi dare oportere* ». Allora l'attore diceva: « *Quando negas, sacramento te quingenario* (*s. quinquagenario*) *provoco* » ed il convenuto: « *Similiter ego te* » (11). Dopochè la formalità del *sacramentum* era compita, si procedeva alla *ordinatio judicii* ed alla *litis contestatio* nel sopradetto modo (12). Un po' più artificioso era il procedimento nelle *actiones in rem*. Qui avea luogo un simbolico fatto d'arme nel quale più tardi si adoperò una semplice verga, ma da principio si era fatto uso di una vera asta, come se le parti volessero con la forza far valere il loro diritto, il che dicevasi *vis vindiciarum*, o *manuum consertio in jure*, ed anche *vis festucaria* (13). In quello che l'attore pronunziava la formola della vindicazione: « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui* » (14); toccava con la sua verga *vindicta* (15) la cosa portata innanzi al tribunale, al che il convenuto faceva nella stessa forma una *contravindicatio* (16). Allora il magistrato imponeva alle parti di

(7) La *in jus vocatio*, come pure la procedura *in judicio* furono al tempo delle *legis actiones* non altrimenti che ne' tempi posteriori, e però qui non se ne dice di più.

(8) *Caj.* IV. 13. 14. 15.; *Festo* v. *Sacramentum*; *Varrone* de L. L. IV. 36. (Gothofr. Auct. ling. lat. p. 29.); *Isid.* Orig. V. 24., *Cic.* pro domo c. 29; G. *Moerus* sulla legis actio sacramenti. Lipsia 1827. 8.

(9) *Caj.* IV. 13.

(10) *Valer. Probo* de notis presso Gothofr. l. c. p. 1476.

(11) *Caj.* IV. 16.; *Val. Pr.* l. c.

(12) *Caj.* IV. 15.

(13) *Gell.* XX. 10.; *Caj.* IV. 16.; *Savigny* sulla *Vis civilis* [illegible] e sul rapporto delle medesime con gl'interdetti nel giornale per la scienza storica del diritto, t. III. No. 17.

(14) *Caj.* IV. 16.; *Val. Pr.* l. c.

(15) *Boethius* ad Top. Cic. ad lib. 1. c. 2. confr. con *Plauto* Mil. glor. IV. 1. v. 15; *Pers.* Sat. V. v. 175.

(16) *Caj.* IV. 16.; *Plauto* Rudens IV. 3. v. 88.

lasciar libera la cosa, « mittite ambo rem » e quindi seguiva la provocazione a promettere il *sacramentum* (17). Che se la cosa litigiosa non si potea trasportare innanzi al magistrato, anticamente le parti si recavano sopra luogo insieme col magistrato per far quivi la *lis vindiciarum*, che allora dicevasi *manuum consertio ex jure* (18). Ma ben presto fu preso l'espediente di evitar questo andare e venire, portando in tribunale una parte della cosa, e di eseguire sopra di essa il rito della vindicazione (19); allora il magistrato solo per apparenza ordinava alle parti di andar sopra luogo, ed esse si allontanavano per un momento (20). Per andare a prendere quel pezzo della cosa, originariamente l'attore innanzi tutto conduceva il convenuto sopra luogo, la quale operazione dicevasi *deductio quae moribus fit* (21). Ma la *lis vindiciarum* non era la sola particolarità del procedimento della rivendicazione, vi erano ancora a prendere delle disposizioni provvisorie sul possesso, al qual fine il magistrato apriva una specie d'incanto, ed attribuiva il possesso alla parte che offriva la miglior cauzione per l'oggetto della lite, e per tutto ciò che n'era una dipendenza, *praedes litis et vindiciarum* (22); eccettuavasi solo il caso di una lite sulla libertà ed indipendenza di un uomo, perchè allora durante la lite si presumeva sempre la libertà, *in liberali judicio vindiciae semper dabantur secundum libertatem*, e questa era una prescrizione delle XII. Tavole, che in ogni tempo fu rigorosamente osservata (23). Solo dopo che anche questa decisione sul possesso provvisorio avea avuto luogo, si andava innanzi alla *ordinatio judicii* (24). 2) La *judicis postulatio*, della quale però ora non se ne conosce altro, se non che questa forma d'introduzione applicavasi in tutte le *actiones in personam* (25), e che in ciò si adoperavano le parole: « *te praetor judicem arbitrumve postulo ut des* » (26). 3) La *condictio* introdotta da una *lex Silia* per le azioni che aveano per oggetto una determinata somma di danaro, ed estesa da una *lex Calpurnia* per tutte le azioni che a-

(17) *Caj.* I. c. [illegible]

(18) *Gell.* l. c.; *Valer. Pr.* l. c.; Cic. pro Murena c. 12. de Orat. I. 10.

(19) *Caj.* IV. 17.: *Festo* p. *Superstites*, *Vindiciae*.

(20) *Gell.* l. c.; Cic. l. c.

(21) *Cic.* pro Caecina. c. 7. 8. pro Tullio c. 20.

(22) *Caj.* IV. 16. 94.; *Cic.* in Verr. II. 1. c. 45.; *Ascon.* ad h. l.

(23) *Liv.* III. 44.; *Dion. Hal.* XI. 30.; *Cic.* de rep. III. 32.; L. 2. § 24. D. de O. J. (1. 2.) L. 12. D. ex quib. caus. maj. (4. 6.)

(24) Non si oppongono le L. 24. pr. L. 25. § 2. D. de lib. causa (40. 12.) L. 14. C. eod. (7. 16.)

(25) *Caj.* IV. 20.

(26) *Valer. Pr.* l. c.

vano un oggetto determinato (27), al che corrisponde l' uso di chiamar l'azione nel primo caso *condictio certi*, s. *si certum petatur*, e nel secondo *condictio incerti* s. *triticaria* (28). È conforme alla natura stessa delle cose che questa forma d'introduzione della lite dovè principalmente avere applicazione nelle *actiones stricti juris*, e da ciò si fa manifesto perchè le *actiones stricti juris* si chiamarono in preferenza *condictiones*; ma anche intorno a questa non sappiamo altro se non che l'attore notificava al convenuto di trovarsi presente nel trentesimo giorno alla destinazione del giudice (29), il che forse giustifica la congettura, che qui non era necessaria una *in jus vocatio*, ma poteva l'attore presentarsi egli solo al pretore.

2.° Le altre due *legis actiones* si possono riguardare come forme di una privata difesa permessa; e nel vero la *manus injectio* era la forma di menare in servitù il debitore, la qual cosa il creditore poteva far sempre allorchè il debitore condannato non pagava, ed alcune volte anche senza una precedente condanna (30); la *pignoris capio* poi era la forma di pignorare i beni del debitore, al che parimente in più casi il creditore era autorizzato (31). Nel sesto secolo di Roma l' uso di queste antiche *legis actiones* fu da una *lex Aebutia* molto ristretto (32) ma non del tutto abolito; imperocchè non solamente le due *leges Juliae*, probabilmente le due *leges Juliae de judiciis privatis* di Cesare ed Augusto (33) ebbero ancora ad abolire molte applicazioni delle medesime (34), ma anche posteriormente le *causae centumvirales* doveano essere introdotte con la *sacramenti actio* (35), e la *pignoris capio* come mezzo di sicurezza continuò ad ammettersi nel *damnum infectum* (36). Oltre a ciò vi erano parecchie azioni nelle quali per finzione si riteneva che fosse intervenuta una *legis actio* (37), e ne' procedimenti simulati, che appartenevano alla forma di alcuni ne-

(27) *Caj.* IV. 19.
(28) pr. J. de V. O. (3. 15.) L. 6. L. 9. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 1. L. 2. D. *de cond. trit.* (13. 3.)
(29) *Caj.* IV. 18.; § 15. J. *de act.* (4. 6.)
(30) *Caj.* IV. 21-25.; *Gell.* XX. 1.; V. appr. § 129.
(31) *Caj.* IV. 26-29.; *Gell.* VII. 10.; *Plut.* in Coriolano c. 1?.
(32) *Caj.* IV. 30.; *Gell.* XVI. 10. Confr. la mia St. § 55. No. IX.
(33) Confr. la mia St. § 57. No. III. e § 98. No. VIII.
(34) *Caj.* IV. 30.
(35) *Caj.* IV. 31-95.; *Gell.* XVI. 10.; *Cic.* pro Caecina c. 33. pro domo c. 29.; *Val. Max.* VII. 7. § 5.: *Plin.* H. N. VII. 5.
(36) *Caj.* IV. 31.
(37) *Caj.* IV. 32. 33.

gozi civili l'indicazione di questi negozi civili come *legis actiones* può farci argomentare, che in essi si adoperava tuttora qualcuna delle antiche *legis actiones*, probabilmente la *sacramenti actio* (38).

γ) *Formulae actionum.*

§ 66. Secondo ogni apparenza la riforma fatta dalla *lex Aebutia* consistè da prima in ciò che fu introdotta una più conveniente procedura d'introduzione della lite innanzi al magistrato, la quale veniva indicata con le espressioni *per formulas litigare* (1). L'attore proponeva la sua azione nella forma di una *formula judicii*, giacchè egli presentava ovvero dettava un modello della medesima in quel modo che nel suo caso credeva che si dovesse estendere, o pure indicava (2) nell'editto quel formolario che a lui pareva convenirgli tra i molti che quivi per le diverse azioni, e pei diversi oggetti di lite eran proposti (3), dal che si comprende perchè l'attore nelle formole delle azioni parlava di sè non altrimente che del convenuto, in terza persona; giacchè egli si esprimeva nel modo come se il magistrato parlasse al giudice e gli conferisse la sua istruzione ed autorità (4). Allora da parte del magistrato non era necessario altro che inserire in quel modello di formola il nome del giudice da lui nominato, salvo se per avventura la dichiarazione del convenuto rendesse necessaria qualche modificazione. Le *formulae judiciorum* regolarmente contenevano tre parti, le quali noi per conseguenza troviamo anche nelle formole delle azioni.

1.° *L'esposizione de' fatti* che davano origine alla lite, *demonstrationes* (5), nel che valeva la regola, che le inesattezze in cui si fosse incorso non nuocevano, *falsa demonstratio non nocet* (6).

2.° *La domanda dell'attore*, *intentio* (7), la quale sempre era espressa in modo che si potesse subito conoscere il dritto che l'attore sosteneva come fondamento dell'azione, e però le azioni con una *intentio* furon dette ancora *actiones* s. *formulae in jus conceptae* (8),

(38) V. sopra § 36.
(1) *Caj.* IV. 30.
(2) L. 1. § D. *de edendo* (2. 13.).
(3) *Cic.* pro Rosc. Com. c. 8.
(4) *Caj.* IV. 34. Nel formolario proposto nell'editto l'attore soleva nominarsi Aulus Agerius, ed il convenuto Numerius Negidius.
(5) *Caj.* IV. 39. 40.; Collat. II. 6.; L. 7. pr. § 2. D. *de injur.* (47. 10)
(6) IV. 58-60.
(7) *Caj.* IV. 41.
(8) *Caj* IV. 45; *Savigny.* Sistema § 217.

ma nel modo di estenderla, se l'azione apparteneva alle *actiones certae* si dovea usar molto accorgimento (9), imperocchè quantunque il domandare inesattamente un oggetto, o il proporre un fondamento dell'azione a rovescio, avesse per conseguenza solo il rigetto della domanda (10), pure chi domandava più di quel che eragli dovuto non altramente che nelle *legis actiones* perdeva tutto il suo dritto (11), e chi domandava meno non poteva più domandare il resto innanzi allo stesso magistrato, e quindi non poteva chiederne il pagamento che nell'anno seguente (12).

3.° *La facoltà data al giudice di condannare o assolvere* secondo il risultato dell'esame della causa, *condemnatio* (13), la quale nel tempo stesso pel caso di condanna ne indicava il contenuto, che consisteva sempre in una determinata somma di danaro, giacchè il giudice, qualunque fosse l'oggetto dell'azione, dovea sempre dirigere la condanna al pagamento di una somma di danaro (14), affinchè se per avventura il proprio oggetto del contendere non si potesse ottenere, rimanesse stabilito l'equivalente da doversi pagare in sua vece. E per tal ragione nella sua istruzione, e conseguentemente anche nella *formula actionis* che ne era come il progetto o modello presentato dall'attore quella somma o era determinata o rimessa al suo giudizio, ma sempre con l'aggiunzione di un *maximum* (15), nel che valeva il principio che l'indicazione di una somma minore legava il giudice a danno dell'attore, ma per contrario l'indicazione di una somma maggiore non poteva tornare a danno del convenuto, anche quando nella sua dichiarazione sulla formola dell'azione non avesse detto nulla in contrario; ma d'altra parte ciò non produceva la perdita di tutto il dritto per l'attore (16). Dall'uso di condannare solo al pagamento di una somma di danaro dipendeva eziandio che invece di dirigere le *actiones in rem* direttamente al loro oggetto, il che dicevasi *agere per formulam petitoriam*, si potevano apparentemente intentare anche come *actiones in personam*, facendo una scommessa *sponsio* sul dritto *litigioso*, e quindi domandando la

(9) *Caj.* IV. 54.
(10) *Caj.* IV. 55.
(11) *Caj* IV. §. 33.; *Paul.* S. R. I. 10.; Consult. vet. Icti. V.; § 33, J. *de act.* (4. 6.); *Sueton.* in Claud. c. 14. confr. con *Cic.* de Orat. I. 37.
(12) *Caj.* IV. 56. 122.
(13) *Caj.* IV. 43.
(14) *Caj.* IV. 48. 51.
(15) *Caj.* IV. 48-52; L. 74. § 1. D. *de judic.* (5. 1.)
(16) *Caj.* IV. 57.

somma promessa nella *sponsio*, la qual cosa non avea altro scopo che di determinare l'ammontare dell'indennità che per avventura vi fosse luogo a pretendere; giacchè non solo la pruova dovea cadere sul dritto in contesa, ma anche la somma della *sponsio* in questo caso non dovea esser pagata che per una specie di aggiustamento o transazione, quando il convenuto non consegnasse il proprio oggetto della lite (17). Nondimeno per eccezione possono venir comprese nella formola talvolta più parti e talvolta meno.

1.° Più parti, ne' giudizi di divisione in cui alla *condemnatio* si aggiungeva anche un' *adjudicatio*, cioè la facoltà data al giudice in caso di bisogno, di aggiudicare la cosa ad una delle parti mediante un' indennità da pagarsi all' altra (18).

2.° Meno, nelle azioni pregiudiziali la cui formola non conteneva altro che l' *intentio*, cioè la pretensione dell'attore (19), e nelle *actiones in factum*, nelle quali senza inserirvi alcuna *intentio*, alla *demonstratio* seguiva immediatamente la *condemnatio* (20), cosicchè il fondamento dell'azione, e la domanda dell' attore potea dedursi solamente dalla *demonstratio*. Questa forma nella più parte delle azioni pretorie avea luogo esclusivamente, ma era anche ammessa in molte azioni civili (21). Per essa si evitavano i danni della *plus petitio* per l' attore (22), si dava la possibilità di agire ai figliuoli sotto la patria potestà (23), i quali non potevano sostenere che loro appartenesse un dritto di patrimonio (24), e si schivava la necessità di prendere con tanto rigore l' idea del dritto che serviva di fondamento all'azione, quanto l'espressa indicazione di tal fondamento nelle formole *in jus conceptae* ne rendeva necessario (25). L'uso di proporre l'azione *edere*

(17) *Caj.* IV. 91-94.; *Cic.* in Verr. II. 1. c.45. II. 2. c. 12. *Savigny* Sist. § 209.

(18) *Caj.* IV. 42.; § 20. J. *de act.* (4-6.) § 4-6 J. *de off. jud.* (4.17.) L. 1. § 1. L. 3. L. 16. § 1. 2. L. 22. § 1-3. L. 44. § 1. L. 47. pr. D. *fam. herc.* (10.2.) L. 6. § 9. 10. L. 7. § 13. L. 10. § 1. L. 18. L. 19. § 3. 4. D. *comm. div.* (10. 3.)

(19) *Caj.* IV. 44.

(20) *Caj.* IV. 46.; L. 25. § 1. D. de O. et A. (44. 7.); *Savigny.* Sist. § 217.

(21) *Caj.* IV. 47.; L. 1. § 1. 2. L. 6. D. *praescript. verb.* (21. 5.)

(22) *Caj.* IV. 53. 57.

(23) V. sopra § 53.

(24) L. 13. D. de O. et A. (44. 7.)

(25) L. 1. L. 5. § 1. 2. 4. L. 6. L. 9. L. 11. L. 13. L. 14. § 2. L. 15. L. 16. pr. L. 17-20. L. 22. L. 24. L. 25. L. 26. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 1. pr. D. *de aestimator.* (19. 3.) L. 6. D. *de rescind. vend.* (18. 5.) L. 16. D. *de condict. causa data* (12. 4.) L. 11. § 8. L. 17. pr. L. 27. § 14. L. 33. § 1. L. 53. D. ad L. Aquil. (9. 2.) § 16. J. *eod.* (4. 3.)

per iscritto mediante un così detto *libellus actionis* si conservò in tutti i tempi come regola, ma la forma di cui si rivestiva come *formula judicii*, ne'tempi posteriori non fu più osservata, il perchè si disse che i *judicia* eran divenuti *extraordinaria* (26), e ciò pare esser passato in regola fin dai tempi di Ulpiano in sul finire del secondo secolo (27), ancorachè Costantino per il primo avesse espressamente dichiarato non necessario l'uso delle formole (28). Con ciò han relazione le seguenti innovazioni: 1° che fu permesso di cumulare più azioni in un solo libello (29), mentre per innanzi non era dato di riunir più azioni in una formola (30), salvo per le pretensioni appoggiate sopra fondamenti omogenei (31); 2.° che cessò il costume di non condannar mai ad altro che al pagamento di una somma di denaro (32); 3.° che la pena della *plus petitio*, la quale dipendeva dalla formale *intentio* fu per più casi da Zenone e da Giustiniano parte abrogata e parte raddolcita (33); 4.° che il domandar meno non impediva di domandare in seguito il resto (34); 5.° e che colui il quale avea domandato una cosa per un altra potea suppletoriamente correggER questo errore (35).

δ) Procedura straordinaria.

A. *Extraordinaria cognitio praetoris.*

§ 67. Vi furono due specie di azioni per le quali avea luogo una procedura in tutto differente, cioè gl'interdetti e le azioni che si trattavano per via di un'*extraordinaria cognitio*. Alla natura di queste ultime apparteneva che lo stesso magistrato presedeva a tutti gli atti

(26) L. 47. § 1. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 2. C. *de interd.* (8. 1.) § 8. J. *eod.* (4. 15.) pr. J. *de succ. subl.* (3. 12.) Nov. 53. c. 3.

(27) L. 47. § 1. D. *de neg. gest.* (3. 5.). Probabilmente ciò fu conseguenza del cambiamento della forma della litis contestatio. V. § 64. Nota 20.

(28) L. 1. C. *de formulis* (2. 58.)

(29) L. 3. C. *de ann. exc. Ital. contr.* (7. 40.)

(30) Con ciò naturalmente non si escludeva di poter intentare più azioni l'una appresso l'altra L. 11. pr. D. *de jurisd.* (2. 1.) L. 6. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.), quando però non riguardavano il medesimo individuale oggetto. L. 76. § 8. D. *de legat.* II. (31.) L. 43. § 1. D. de R. J. (50. 17.) V. § 70. No. 20.

(31) L. 25. § 3-5. D. *famil. herc.* (10. 2.) L. 52. § 14. D. *pro soc.* (17. 2.) L. 10. D. *de act. empti* (19. 1.)

(32) § 32. J. *de act.* (4. 6.)

(33) § 33. J. *eod.* L. 1-3. C. *de plus pet.* (3. 10.)

(34) § 34. J. eod. L. 1. §. 3. L. 2. §. 1. C. eod.

(35) J. eod.

della causa (1) ed egli stesso la decideva (2). Solo nel caso che fosse necessario di procedere ad una stima, poteva anche per esse destinarsi un *arbiter* (3), il che Antonino Pio da prima per un determinato rapporto avea introdotto (4), ma Diocleziano per contrario vietò che le cause riserbate alla *extraordinaria cognitio* e che erano dalla legge determinate si delegassero (5) anche solo ad un *judex pedaneus*, benchè questi fosse tenuto come un procuratore e rappresentante del magistrato (6). La procedura in queste cause, nelle quali anche gli schiavi potevano far da attori (7) (il che in altre cause non si permetteva) (8) era semplice e libera da formole il più che era possibile. In fatti non si ponea mente ad alcuna forma di atti (9), e non si ammetteva alcun uso di scrittura (10); neppure era necessaria la *in jus vocatio*, imperocchè il convenuto sulla richiesta dell'attore poteva esser citato da un littore, *evocari a praetore* (11); che se non ubbidiva poteva esser costretto a comparire per via di multe e pegni (12); se poi il convenuto non si trovava, egli era pubblicamente citato con tre editti con gl' intervalli di dieci giorni, ed in fine con un *per emptorium edictum* con la minaccia che in caso di contumacia si procederebbe senza di lui (13); per questo modo l'attore otteneva la facoltà di dimostrare il suo dritto in un giudizio unilaterale *eremodicium*, e di procedere all'esecuzione (14). Non era per verità molto grande il numero delle

(1) L. 3. D. *de in int. rest.* (4. 1.) L. 23. § 3. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 13. § 1. L. 24. § 5. L. 39. pr. D. *de minor.* (4. 4.) L. 1. § 2. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 9. § 4. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 39. pr. D. *de evict.* (21. 2.) L. 3. pr. D. *ne vis fiat ei qui in poss. miss. est* (43. 4.) L. 71. D. de R. J. (50. 17.)

(2) L. 1. C. *de off. praet.* (1. 39.)

(3) L. 9. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.) L. 5. § 25. D. *de agnosc. lib.* (25. 3.)

(4) L. 37. L. 47. § 2. D. *de fideic. lib.* (40. 5.) L. 4. § 7. D. *si is qui test. lib. esse jussus est.* (47. 4.)

(5) L. 2. C. *de jud. ped.* (3. 3.). Un'eccezione di Giustiniano si contiene nella L. 3. C. *ubi et apud quem* (2. 47.)

(6) V. la mia St. § 89.

(7) L. 1. § 1. 8. D. *de off. praef. urbi* (1. 12.) L. 9. D. *de in jus voc.* (2. 4.) L. 53. L. 67. D. *de jud.* (5. 1.) L. 10. L. 20. L. 22. § 1. 2. L. 24. § 3. 10. 21. L. 26. § 7-11. L. 28. § 4. 5. L. 30. § 5-12. L. 44. D. *de fideic. lib.* (40 5.)

(8) L. 44. § 7. D. *de jud.* (5. 1.) L. 22. L. 107. D. *de* R. J. (50. 17.)

(9) L. 47. § 1. D. *de neg. gest.* (3. 5.) § 8. J. *de interd.* (4. 15.)

(10) L. 9. § 1. D. *de off. procons.* (1. 16.) L. 71. D. *de* R. J. (50. 17.)

(11) L. 1. § 2.3. D. *de inspic. ventre* (25.4.) L. 26. § 7. D. *de fideic. lib.* (40. 5.)

(12) L. 1. § 3. D. *de insp. ventre* (25. 4.); *Gell.* XI. 1.

(13) L. 67-73. D. *de jud.* (5. 1.) L. 26. § 9. D. *de fid. lib.* (40. 5.) L. 43. § 2. L. 54. pr. D. *de re jud.* (42. 1.)

(14) L. 7. § 12. D. *de minor.* (4. 4.) L. 73. D. *de judic.* (5. 1.) Papi, S. R. V. 5. A. § 7.

cause riferite alla extraordinaria cognitio (15); ma nondimeno questa avea luogo anche in molti altri casi che richiedevano un esame ed una decisione del magistrato (16), cosicchè essa bene spesso veniva applicata (17).

B. *Interdicta.*

§ 68. In molte azioni pretorie si tentava di indurre il convenuto, per l'autorità del magistrato, a cedere incontanente; imperocchè il pretore sulla sola richiesta dell'attore senza una preliminare discussione delle sue ragioni, secondochè la contesa cadeva sopra un fatto o sopra una omissione, dava contro al convenuto un comando o un divieto (1). Il comando propriamente appellavasi *decretum*, ed il divieto *interdictum* (2); ma perchè più di frequente si pronunziava un divieto, così *interdictum* divenne la denominazione comune non solo per tutti gli ordini di questo genere, ma anche per quelle stesse azioni (3). Noi troviamo questa procedura particolare in ben diverse azioni, e però gl' interdetti del pari che le azioni si possono dividere in più classi.

1.° Per rispetto allo scopo si distinguono gl' *interdetti proibitorii* che tendono a vietare qualche operazione, gl' *interdetti restitutorii* che tendono a far rilasciare o restituire, e gl' *interdetti exibitorii* che tendono a far recare e presentare una cosa (4).

(15) Qui appartenevano specialmente le azioni per fedecommessi. Ulp. XXV. 12.; Caj. II. 278. 279.; per onorari L. 1. 3. 4. D. *extraord. cogn.* (50. 13.); per mercede de' sensali *proxenetica* L. 1. L. 3. D. *de proxen.* (50. 14.); per alimenti L. 1. § 2. D. *de off. praef. urbi* (1. 12.) L. 5. D. *de agn. et al. lib.* (25. 3.); e contro i figliuoli pel riconoscimento della patria potestà L. 1. § 2. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 3. § 3. 4. D. *de lib. exhib.* (43. 30.); *Plin.* epist. X. 77.

(16) L. 5. pr. D. *de extraord. cognit.* (50. 13.)

(17) Ce ne somministrano degli esempi la restituzione nello stato primiero. L. 3. D. *de in int. rest.* (4. 1.), l' immissione nel possesso. L. 3. D. *ne vis fiat ei qui in poss. miss. est* (43. 4.), l' esame delle scuse dalle pubbliche funzioni L. 5. pr. D. *de extraord. cogn.* (50. 13.) L. 1. pr. D. *de vacat. mun.* (50. 5.) L. 11. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) L. 1. C. *si tut. vel cur. fals. allegat.* (5. 63.), la destituzione de' tutori § 1. 7. 8. J. *de susp. tut.* (1. 26.) L. 1. § 3. 4. D. *eod.* (26. 10.), l' alienazione de' beni de' pupilli. L. ult. C. *de praed. et al. reb. min.* (5. 71.), la transazione sopra il legato di alimenti L. 8. D. *de transact.* (2. 15.), la separazione nel concorso L. 1. D. *de separat.* (42. 6.), la convenzione per la remissione L. 7. § 19. D. *de pact.* (2. 14.) L. 58. § 1. D. *mandati* (17. 1.)

(1) *Caj.* IV. 139.; *Isid.* Orig. V. 25. L. 22. C. Th. *Quorum appellat.* (2. 36.); pr. J. *de interd.* (4. 15.) L. 2. C. *unde vi* (8. 4.)

(2) *Caj.* IV. 140.

(3) L. 37. pr. D. de O. et A. (44. 7.)

(4) § 1. J. *de interd.* (4. 15.) L. 1. § 1. D. *eod.* (43. 1.); *Caj.* IV. 142.

2.° Per rispetto all'oggetto, si distinguono gl' *interdetti possessorii* che riguardano il possesso, e i *non possessorii* che han per oggetto qualche altra cosa (5). I primi si suddividono *in interdicta adipiscendae*, *retinendae*, e *recuperandae possessionis*, secondochè han per oggetto di ottener per la prima volta il possesso, o di conservarlo, o di ricuperarlo (6); ma molti di essi riuniscono insieme queste qualità, cosicchè secondo la diversità del caso possono adoperarsi talvolta in un rapporto e talvolta in un altro (7).

3.° Finalmente per rispetto alla relazione delle Parti, degl'interdetti alcuni sono *publica* s. *popularia*, i quali non altrimente che le azioni popolari, competono a ciascuno (8), ed alcuni sono *interdicta privata*, i quali servono solo a proteggere i privati interessi di determinate persone (9), e tra questi s' incontrano anche alcuni *interdicta duplicia*, i quali possono intentarsi da ciascuna delle parti contendenti (10). Ma quantunque negl' interdetti si cominciava in certo modo con una condanna, pure non era impedita al convenuto la difesa, se egli credeva l'azione sfornita di ogni fondamento, ovvero se avea delle eccezioni ad opporvi (11). Allora egli dovea dal canto suo domandare la destinazione di un *judex* o *arbiter* per la discussione della causa, e segnatamente negl' interdetti restitutorii ed esibitorii potea domandare un *arbiter* il quale riceveva la medesima istruzione che ne' *judiciis bonae fidei*, una *formula arbitraria*, e però dovea semplicemente decidere se la domanda dell'attore fosse da rigettarsi, e rivocarsi per conseguenza il comando del magistrato, ovvero dovesse realmente il convenuto prestare ciò che erasi domandato (12). Ma la domanda per la destinazione di un *arbiter* dovea aver luogo nello stesso termine in cui l' a-

(5) *Caj.* IV. 143.

(6) *Caj.* IV. 144-155.; § 2-6. J. *eod.* L. 2. § 3. D. *eod.*

(7) *Ulp.* Instit. fragm. ed. St. *Endlicher.* Vienna 1835. 8. p. 7.; L. 1. § 8. L. 3. § 2. D. *ne vis fiat ei qui in poss. miss. est.* (43. 4.)

(8) L. 1. pr. L. 2. § 1. 2. D. *de interd.* (43. 1.) L. 2. § 31. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.) L. 1. § 3. D. *de via publ.* (43. 11.) L. 1. § 9. D. *ne quid in flum. publ.* (43. 13.) L. 3. § 9-13. D. *de lib. hom. exhib.* (43. 29.) L. 13. D. *ad. exhib.* (10. 4.) Non si oppone la L. 14. D. *de injur.* (47. 10.)

(9) L. 2. § 3. D. *de interd.* (4. 15.)

(10) § 7. J. *de interd.* (4. 15.) L. 2. pr D. *eod.* (43. 1.) L. 37. § 1. D. de O. et A. (44. 7.); *Caj.* IV. 156-160.

(11) *Caj.* IV. 141.; L. 1. § 9. D. *uti poss.* (43. 17.) L. 1. pr. D. *de superf.* (43. 18.) L. 1. pr. § 12. L. 3. § 11. D. *de itin.* (43. 19.) L. 1. pr. § 29. D. *de aqua quot.* (43. 20.) L. 1. pr. D. *de rivis* (43. 21.) L. 1. pr. D. *de fonte* (43. 22.) L. 3 § 3. D. *de lib. hom. exhib.* (43. 29.) L. 1. § 3-5. D. *de lib. exhib.* (43. 30.)

(12) *Caj.* IV. 141. 161. 163.; *Ulp.* l. c.

zione s'era proposta, e si era pronunziato l'ordine del magistrato (13); se la domanda seguiva più tardi, ovvero se l' interdetto era proibitorio, allora veniva nominato un *judex*, innanzi al quale avea luogo una procedura alquanto diversa, che dicevasi *cum periculo agere*, giacchè le parti si doveano scambievolmente obbligare mediante la *sponsio* e *restipulatio* (a) ad una somma di danaro che il soccumbente oltre alla perdita della cosa principale dovea pagare al suo avversario (14). Ma la contesa prendeva un interesse accessorio anche più grave negl' interdetti possessorii; imperocchè il pretore apriva un incanto, *fructuum licitatio*, e provvisoriamente attribuiva il possesso, a colui che pel caso di soccumbenza offeriva una maggiore indennità per la cosa ed i suoi prodotti, quando esattamente non consegnasse queste cose medesime (15). Secondo l' editto di un pretore a nome Cascellio quegli che nell'incanto era superato avea anche il dritto in questo caso di richiedere dall' altro mediante una così detta *stipulatio fructuaria* la promessa di una somma a titolo di pena (16). Se il superato nella *licitatio* perdeva la lite, egli non avea a pagare che la somma della *sponsio* (17); per contrario se perdeva il sopraimponente, egli non solo dovea dare la cosa coi frutti ed altri utili ovvero il valore promesso in cambio di queste cose, ma anche una duplice pena per effetto della *sponsio* e della *stipulatio fructuaria*, e per quest' ultima avea luogo un' azione particolare il *judicium Cascellianum*, s. *sequutorium* (18) (b). Nondimeno stava in arbitrio del vincitore di rinunciare a queste pene del pari che alla consegna della cosa, e chiedere invece la somma promessa nella *fructuum licitatio*, al che tendeva il *judicium fructuarium* detto anche

(13) *Caj.* IV. 164.
(14) *Caj.* IV. 141. 165.; *Ulp.* l. c.
(15) *Caj.* IV. 166.
(16) *Caj.* IV. 166. 169.; L. 4. § 2. D. V. O. (45. 1.)
(17) *Caj.* IV. 168.
(18) *Caj.* IV. 167.

(a) L'attore interrogava il convenuto se prometteva di pagare una determinata somma nel caso che rimanesse soccumbente, *sponsio*, ed il convenuto alla sua volta interrogava l'attore se egli pure promettesse di pagare un tanto nel caso che perdesse la lite, *restipulatio*. Il litigante, che succombeva oltre le conseguenze della perdita della lite dovea anche pagare la somma che avea scommessa, perchè la *sponsio* in materia d' interdetti era reale ed effettiva, ed era una specie di pena per la lite ingiusta, e per tal ragione si diceva che in questa procedura si agiva *cum poena*, *cum periculo*. Nota del Tr.

(b) Dicevasi *sequutorium* perchè seguiva come una conseguenza dalla vittoria di colui che era stato vinto nella licitazione de' frutti. Nota del Tr.

judicium sequutorium (19). Egli è maraviglioso che l'antica procedura degl' interdetti si mantenne più lungamente in uso che il sistema delle formole nella procedura ordinaria, giacchè ai tempi di Ulpiano sussisteva tuttora (20), e Diocleziano dispose eziandio che la medesima si dovesse ancora osservare in quanto ciò potesse aver luogo senza formole (21). Arcadio ed Onorio furono i primi che generalmente vi sostituirono la *extraordinaria cognitio* (22).

C. *Cessione delle azioni* (*).

§ 69. Dopo l'abolizione delle antiche *legis actiones* è per regola permesso di litigare per mezzo di mandatari, che si dividono in *procuratores*, e *cognitores* secondochè vien loro conferito il mandato stragiudizialmente, ovvero nello stesso tribunale ed a voce (1). Or se alla facoltà di agire si aggiunga il patto che il mandatario debba ritenere per sè ciò che ottiene, questa addimandasi una cessione, *cessio actionis* e coerentemente a ciò quegli che dà siffatta facoltà adesso vien detto cedente, e quegli che la riceve, cessionario, mentre i Romani denominavano quest'ultimo sempre *procurator* s. *cognitor in rem suam* (mandatario a suo proprio vantaggio), ed anche in vece di *cessio actionis* comunemente adoperavano l'espressione *mandatum in rem suam* (2). La cessione che ha luogo in ogni maniera di dritti litigiosi (3), e che può avvenire senza notizia nè volontà di colui contro il quale la pretensione è diretta e che si può anche rettamente chiamar *debitor ces-*

(19) *Caj.* IV. 169.
(20) *Ulp.* l. c.
(21) L. 3. C. *de interd.* (8. 1.) Confr. L. 2. C. *quor. bon.* (8. 2.) L. 2. L. 4. C. *unde vi* (8. 4.) L. 1. C. *uti poss.* (8. 6.) L. 3. C. *de lib. exhib.* (8. 8.)
(22) L. 4. C. *de interd.* (8. 1.) Confr. Rubr. D. *de interd. sive extraordinariis actionibus quae pro his comp.* (43. 1.) pr. J. *de interd.* (4. 15.)
(*) *Muhlenbruch.* Teoria della cessione de' dritti di obbligazione Greifswald 1817. 8. 1826. 8.
(1) *Caj.* IV. 83. 84.: Paul. S. R. I. 3. 4. I; Fragm. Vat. § 313-319. § 1. J. *per quos ag. poss.* (4. 10.) L. 1. pr. §. 3. D. *de pocur.* (3. 3.); *Festo* p. *Cognitor.*; *Cic.* pro Rosc. Com. c. 18. ad Herenn. II. 13. 20.
(2) L. 24. pr. D. *de minor.* (4. 4.) L. 2. § 5. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 17. § 3. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 3. § 5. D. *de in rem verso* (15. 3.) L. 8. § 10. D. *mandati* (17. 1.) L. 4. pr. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 4. L. 9. C. *de procur.* (2. 13.)
(3) L. 21. L. 63. D. *de* R. V. (6. 1.) L. 35. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 17. D. *de her. vel act. vend.* (18. 4.) L. 13. D. *de distr. pign.* (20. 6.) L. 9. C. *de her. vend.* (4. 39.)

sus (4), nella forma non differisce punto da un'ordinaria procura ad agire (5), ma negli effetti è ben differente. Per verità l'avversario ha la facoltà di trattare il cessionario come un semplice procuratore del cedente, e però egli conserva contro il cessionario tutte le eccezioni che gli competevano contro il cedente (6), ed il cessionario non può mettere innanzi i privilegi che gli competerebbero, se egli medesimo fosse il vero originario interessato (7); ma vi sono però le seguenti differenze: 1.° Le pretensioni riconvenzionali contro il cedente non si possono far valere anche contro il cessionario (8); 2.° Il cedente dee garentire al cessionario che il dritto ceduto sia fondato e legittimo, un *verum nomen*, ma non che sia anche un *bonum nomen*, cioè che possa dal debitore conseguirsene il pagamento (9). 3.° Inoltre la cessione non si estingue per la morte come gli altri mandati (10), e tanto meno può il cedente rivocarla (11). Nondimeno costui fino a che la cessione non è notificata al debitore non solo può riceverne il pagamento, e quindi liberare il debitore, ma può anche promuoverne l'azione (12); Soltanto egli deve 4.° consegnare al cessionario ciò che riceve (13); salvochè non si sia perduto senza sua colpa (14); 5.° Il cessionario può disporre da padrone del dritto ceduto, cederlo di nuovo, abbandonarlo, concedere una dilazione, e via discorrendo (15); Ed insieme col dritto principale 6° passano del pari in lui i dritti accessorii (16), e può

(4) L. 1. C. *de novat.* (8. 42.) L. 3. C. *de her. vel act. vend.* (4. 39.)

(5) L. 7. § 1. C. Th. *de cognitor.* (2. 12.); *Paul.* S. R. I. 2. § 3.; L. 3. pr.; *Caj.* IV. 83.; § 1. J. *per quos ag. poss.* (4. 10.)

(6) L. 5. D. *de her. vel act. vend.* (18. 4.) L. 5. C. *eod.* (4. 39.) L. 17. D. *de transact.* (2. 15.); *Franke* nell' Archiv. per la prat. civ. vol. XIV. No. 15.

(7) Solo il fisco fa in questo rapporto una eccezione come cessionario. L. 6. pr. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 17. § 6. D. *de usur.* (22. 1.)

(8) L. 34. pr. D. *de procur.* (3. 3.)

(9) L. 4. 5. D. *de her. vel act. vend.* (18. 4.) L. 74. § 3. D. *de evict.* (21. 2.)

(10) Secondo il dritto antico era diversamente quando l' azione ceduta non era stata già promossa prima della morte, il che per le donazioni rimase fermo fino a Giustiniano L. 33. C. *de donat.* (8. 54.)

(11) L. 25. D. *de procur.* (3. 3.)

(12) L. 3. C. *de novat.* (8. 42.) L. 4. C. *quae res pign.* (8. 17.) L. 8. C. *mandati* (4. 35.) L. 55. D. *de procur.* (3. 3.) L. 17. D. *de transact.* (2. 15.)

(13) L. 23. § 1. D. *de her. vel act. vend.* (18. 4.)

(14) L. 3. D. *eod.*

(15) L. 13. L. 16. D. *de pact.* (2. 14.) L. 17. § 3. L. 19. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 1. § 8. D. ad Sct. Treb. (36. 1.) L. 1. C. de O. et A. (4. 10.)

(16) L. 6. L. 14. pr. L. 23. D. *de her. vel act. vend.* (18. 4.) L. 75. § 3. D. *de legat.* (I. 30.) L. 6. L. 7. C. de O. et A. (4. 10) L. 14. C. *de fidejuss.* (8. 41.)

giovarsi de' *privilegia causae* che vi sono annessi (17); Ma per contrario 7.° non può punto valersi de' privilegi personali del cedente (18), il che però non è da intendersi affatto de' dritti accessorii risultati da siffatti privilegi, i quali una volta che son divenuti vere dipendenze del dritto principale lo seguono in ogni caso (19); 8.° Tutte le limitazioni alle quali per varie cagioni va soggetta la capacità di stare in giudizio per altri, *postulare* (20), vengono meno in fatto di cessione; Non pertanto 9.° s' incontrano a questo proposito alcune altre limitazioni; imperocchè non si può cedere niun'azione ai figliuoli in potestà dell'obbligato (21), nè al suo tutore (22); molte azioni non sono suscettive di esser cedute (23); e per le azioni già pendenti non è più permessa alcuna cessione (24). 10.° Pel caso di una cessione ottenuta mediante un prezzo vi è anche questa particolare limitazione del suo effetto, che secondo una disposizione di Anastasio, se mai l'acquisto si è fatto per un prezzo inferiore al valore del dritto (il che però deve esser provato dal debitore) (25), il cessionario non può pretendere più di quel che ha dato, ed il resto si estingue a benefizio del debitore (26); e questo danno, secondo una prescrizione di Giustiniano la quale serve di compimento alla precedente, non può evitarsi neppure col far donazione del resto (27). Del rimanente quantunque l'obbligazione a cedere, che in molte guise può provenire, non possa valere come la cessione stessa, neppur quando sia stata promessa in un contratto (28), pure è permesso, almeno in molti casi, di promuovere

(17) L. 68. D. de R. J. (50. 17.)

(18) L. 68. L. 196. D. *eod.* L. 42. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 9. § 8. D. *de publ.* (39. 4.) L. 19. § 1. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.). Formano un'eccezione speciale solo i *privilegia exigendi* personali quando la cessione si è comprata L. 24. § 3. D. *eod.* L. 2. D. *de cess. bon.* (42. 3.); *Cujac.* Observ. XVIII. 40.

(19) L. 43. D. *de usur.* (22. 1.) L. 3, L. 7. C. *de priv. fisci* (7. 73.) L. 2. C. *de his qui in prior. cred. loco* (8. 19.) confr. con la L. 17. § 5. D. *de usur.* (22. 1.) L. 87. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 46. § 3. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(20) L. 1. D. *de postul.* (3. 1.); *Caj.* IV. 124.

(21) L. 7. D. O. et A. (44. 7.)

(22) Nov. 72. c. 5

(23) L. 8. pr. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 1. § 8. D. *si quid in fraud. patr.* (38. 5.) L. 32. pr. D. ad L. Falc. (35. 2.) L. 28. D. *de injur.* (47. 10.) L. 7. L. 10. C. *de rev. don.* (8. 56.) L. 5. D. *de pop. act.* (47. 23.)

(24) L. 1. 2. 4. C. *de litigiosis.* (8. 37.)

(25) Il mio articolo nell' Archiv. per la prat. civ. vol. XVIII. No. 8.

(26) L. 22. C. *mand.* (4. 35.)

(27) L. 23. C. eod.

(28) L. ?. C. de O. et A. (4. 10.) L. 7. 8. 9. C. *de her. vel act. vend.* (4. 39.)

utiliter l'azione, la cui cessione si potrebbe domandare, e di supplire la pruova della cessione colla pruova del dritto che alla medesima si è acquistato (29), il che Antonino Pio fu il primo ad introdurre per rapporto alle alienazioni di eredità (30).

D. *Estinzione de' dritti di azione.*

§ 70. I dritti di azione ben fondati possono estinguersi in varie guise:

1.° Per la morte delle parti interessate. Per verità se l'azione è già intentata, allora può sempre la procedura esser continuata dagli eredi, o contro gli eredi (1), purchè la natura personale del dritto o dell' obbligazione non renda vana la lite per gli eredi (2). Per contrario la trasmissione negli eredi soffre delle eccezioni e restrizioni quando la morte è seguita prima che l'azione fosse promossa, 1) cioè non possono esser promosse dagli eredi: A. Le azioni popolari (3); B. le azioni dirette alla punizione di una offesa personale (4), *actiones vindictam spirantes* (5), e C. inoltre anche alcune particolari azioni che per ragioni speciali non passano agli eredi (6) 2). Dall'altro

(29) L. 4. C. *si cert. pet.* (4. 2.) L. 2. C. *per quas pers.* (4. 27.) L. 5. 7. 8. 9. C. *de her. vel act. vend.* (4. 39.) L. 5. C. *quando fiscus* (5. 15.) L. 18. C. *de legat.* 6. 37.)

(30) L. 16. pr. D. *de pact.* (2. 14.)

(1) § 1. J. *de perpet. et temp. act.* (4. 12.) L. 6. § 2. L. 7. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 26. L. 33. L. 58. D. de O. et A. (44. 7.) L. 12. pr. D. de V. S. (50.16.) L. 87. L. 139. pr. L. 157. § 1. L. 164. D. de R. J. (50. 17.) L. un. C. *ex del. defunct.* (4. 17.)

(2) Questo però ha luogo solo quando la lite riguarda semplicemente la ricognizione del dritto pel tempo avvenire e non quando riguarda nel tempo stesso prestazioni arretrate, giacchè altrimenti non vi sarebbe neppur bisogno che l'azione fosse intentata prima della morte.

(3) L. 5. § 5. D. *de his qui effud.* (9. 3.) L. 7. D. *de popul. act.* (47. 23.) L. 12. pr. D. de V. S. (50. 16.)

(4) Le altre azioni penali passano agli eredi senza restrizione § 1. J. *de perpet.* (4. 12.) L. 1. § 1. 2. D. *de priv. del.* (47.1.) Non si oppongono le L.26. D. de O. et A. (44. 7.) L. 661. D. de R. J. (50. 17.)

(5) L. 20. § 5. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 6. L. 10. D. *de sepulch. viol.* (17·12) Ne somministrano degli esempi le L. 1. § 1. D. *de priv. del.* (4.1.) L. 13. pr. L. 15. § 14. L. 28. D *de injur.* (47. 10) L. 32. D. ad L. Falc. (35. 2.) L. 10. § 2. D. *si quis caut. jud. sisti* (2. 11.) L. 4. D. *de calumniator.* (3. 6.) L. 23. L. 24. D. *de in jus voc.* (2. 4.) L. 1. 7. 9. 10. C. *de revoc. donat.* (8. 56.)

(6) L. 9. D. *de relig.* (11. 7.) L. 6. § 2. L. 7. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 5. C. eod. (3. 28.)

lato non si possono intentare contro gli eredi: A. Le azioni popolari (7); B. tutte le azioni penali (8); C. le azioni contro il possessore e le azioni noxali, con la eccezione però che quando l'erede può del pari esser convenuto come possessore, egli è tenuto egualmente a tutte quelle prestazioni accessorie, alle quali il suo autore era obbligato (9); D. alcune azioni specialmente eccettuate (10); E. e da ultimo in parte anche le azioni per delitti dirette al risarcimento del danno (11); giacchè queste ultime non passano contro gli eredi se non in quanto si sieno arricchiti pel delitto, *in quantum ad eos pervenit* (12), il che vale per conseguenza anche nelle azioni miste (13), quantunque talune di esse sotto questo rapporto precisamente sieno considerate interamente penali (14).

2.° Per la concorrenza, quando più azioni s' incontrano insieme nei loro soggetti, la qual cosa può avvenire così da ambe le parti, come da una sola parte (15). 1) La concorrenza della seconda specie non estingue mai i dritti di azioni o che questi competano ad uno contro molti, o a molti contro uno (16), purchè non si tratti in sostanza che di una sola e medesima pretensione, la quale possa farsi valere contro molti e da molti (17). Solo può sopravvenire una collisione di dritti, la quale

(7) L. 8. D. *de popul. act.* (47. 23.) L. 5. § 5. 13. D. *de his qui effud.* (9. 3.)

(8) L. 33. D. de O. et A. (44. 7.) L. 1. pr. D. *de priv. del.* (47. 1.) L. 38. L. 111. § 1. de R. J. (50. 17.)

(9) L. 42. L. 55. D. R. V. (6. 1.) L. 12. § 6. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 2. C. *si un. ex plur. her.* (8. 32.)

(10) L. 9. D. *de relig.* (11. 7.) L. 4. § 6. L. 5. L. 6. L. 7. D. *de alien. jud. mut. causa* (4. 7.) L. 9. D. *quod falso tut.* (27. 6.) L. 7. C. *de revoc. don.* (8. 56.)

(11) Se il risarcimento può chiedersi con un altra azione, gli eredi sono responsabili assolutamente L. 12. L. 49. D. de O. et A. (44. 7.) L. 121. § 3. D. de V. O. (45. 1.) L. 152. § 3. L. 157. § 2. D. de R. J. (50. 17.)

(12) L. 13. L. 17. § 1. D. *de dolo* (4. 3.) L. 52. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 9. § 8. L. 10.) D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.) L. 1. § 48. L. 2. L. 3. pr. D. *de vi* (43. 16. (L. 38. L. 44. D. de R. J. (50. 17.) confr. con la L. un. C. *ex del. defunct.* (4. 17.)

(13) L. 16. § 2. D. *quod. met. causa* (4. 2.) L. 23. § 8. D. ad L. Aquil. (9. 2.)

(14) L. 2. § 27. D. *de vi bon. rapt.* (47. 8.)

(15) *Donelli* Comm. jur. civ. XXI. 3.; *Thibaut* Tratt. civ. No. 9.; *Savigny* Sist. § 231. seg. Dopo il *Thibaut* si suole inesattamente appellar concorso *obbiettivo* quello che avviene da ambe le parti, e *subbiettivo* quello che si verifica da una sola parte.

(16) L. 9. pr. § 1 D. *de transact.* (2. 15.) L. 15. § 2. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 63. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 1. L. 22. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.)

(17) § 1. J. *de duob. reis* (3. 16.) L. 28. pr. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 5 D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 28. C. *eod.* (8. 41.) L. 11. § 8. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.) L. 6. § 4. D. *naut. caup. stabul.* (4. 9.) L. 22. C. *de furt.* (6. 2.)

altra si dee sciogliere coi principi relativi a tal materia (18). 2) Qui si dee più d'ogni altra cosa prendere in considerazione la concorrenza da amendue le parti. A. In tal caso se più azioni hanno lo stesso oggetto, non possono esser tutte promosse insieme, ma l' attore, quando una delle azioni generalmente non sia data che solo *in subsidium* (19), dee scegliere (20), e qui alcune si estinguono già pel solo effetto della scelta fatta (21) (il che però è una eccezione) (22), ma tutte le altre si estinguono appena che con l'azione scelta si è conseguito l'oggetto comune (23), purchè le altre azioni non sieno tali da far ottenere qualche cosa di più, nel qual caso l'attore può valersi suppletoriamente di queste per avere il resto (24). B. Se per contrario le azioni concorrenti hanno diversi oggetti, allora al certo per regola è permesso di promuoverle o insieme o successivamente a proprio talento (25), anche se si tratti di più azioni penali per lo medesimo delitto (26), sebbene su questo punto vi fosse stata controversia tra i giuristi Romani (27); nondimeno anche qui vi sono delle eccezioni, giacchè a) le azioni pre-

(18) V. sopra § 4.

(19) L. 1. § 1. 4. D. *de dolo* (4. 3.) L. 31. D. *de recept.* (4. 8.) L. 5. pr. D. *si mensor.* (11. 6.) L. 43. § 4. D. *de furt.* (47. 2.) L. 2. C. *de dolo* (2. 21.) § 2. J. *de inoff. test.* (2. 18.) L. 14. §. 12. D. *de relig.* (11. 7.); *Schneider* le generali azioni sussidiarie del dritto rom. Rostok 1834. 8.

(20) L. 76. § 8. D. *de legat.* II. (31.) L. 84. § 5.13. D. *de legat.* I. (30.) L. 43. § 1. D. de R. J. (50. 17.)

(21) § 5. J. *quod cum eo* (4. 7. L. 9. § 1. D. *de tribut. act.* (14. 4.) L. 38. § 1. D. *pro socio* (17. 2.) L. 1. C. *de furt.* (6. 2.)

(22) L. 45-50. D. *pro soc.* (17. 2.) L. 93. § 1. D. *de legat.* III. (32.) L. 130. D. de R. J. (50. 17.)

(23) L. 9. § 6. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 50. D. *pro soc.* (17. 2.) L. 18. D. de V. O. (45. 1.) L. 9. § 1. 1. D. *de furt.* (47. 2.) L. 43. § 1. L. 57. D. de R. J. (50. 17.) Ciò vale anche pel risarcimento del danno quando si hanno più azioni per un medesimo *factum* L. 27. § 11. D. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 43. D. *locati* (19. 2.) L. 34. § 1. 2. D. de O. et A. (44. 7.)

(24) L. 7. § 1. D. *commod.* (13. 6.) L. 47. pr. D. *pro soc.* (17. 2.) L. 28. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 34. L. 41. § 1. D. de O. et A. (44. 7.) L. 2. § 3. D. *de priv. del.* (47. 1.) L. 90. (88.) D. *de furt.* (47. 2.) L. 1. § 11. D. *arb. furt. caes.* (47. 7.); *Thibaut.* op. cit. p. 120. seg.

(25) L. 21. pr. § 3. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.) L. 34. D. de O. et A. (44. 7.) L. 15. § 46. D. *de injur.* (47. 10.)

(26) L. 32. L. 60. D. de O. et A. (44. 7.) L. 2. D. *de priv. del.* (47. 1.) L. 6. pr. D. *ad L. Jul. de adult.* (48. 5.) L. 130. D. de R. J. (50. 17.) L. 20. C. *de furt.* (6. 2.) § 1. J. *si quadrupes* (4. 9.).

(27) L. 32. L. 34. pr. D. *de* O. et A. (44. 7.) confr. con la L. 20. C. *de furt.* (6. 2.) e § 1. J. *si quadrup.* (4. 9.)

paratorie le quali debbono fare strada ad altre si debbono sempre esercitare le prime (28); b) le azioni, lo scopo delle quali è in opposizione non possono essere introdotte insieme, e possono promuoversi successivamente solo quando quella che fu prima introdotta sia stata rigettata o abbandonata (29); e c) talvolta anche qui la sola scelta di un' azione esclude tutte le altre (30).

3.° Pel rigetto giudiziale, il quale ha effetto non solo per le singole azioni promosse, ma anche per tutte le azioni concorrenti da ambo i lati, che si appoggiano al medesimo fondamento (31), e se il rigetto riguarda un' azione preparatoria, esso per conseguenza rende in pari tempo impossibili le azioni che dipendevano dal buon esito della prima (32).

4.° Per pena, il che segnatamente avviene in alcuni casi a cagione di aver messe innanzi delle pretensioni insussistenti e mal fondate (33).

5.° Per effetto di eccezioni perentorie, i cui particolari verremo esponendo ne' seguenti paragrafi.

2) *Delle eccezioni* (*).

A. Principii generali.

§ 71. Il convenuto può difendersi in più modi contro l' azione: 1) Impugnando il fondamento dell'azione, tanto se nega la verità del medesimo, quanto se dichiara di non riconoscerlo, il che in generale equivale alla negazione (1), o se almeno nega la forza obbligatoria ai fat-

(28) L. 23. § 5. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 1. § 1. D. *famil. herc.* (10. 2.) L. 18. D. *de exc.* (44. 1.) L. 3. § 1. D. *de lib. exhib.* (43. 30.)

(29) L. 12. § 1. L. 31. § 2. 3. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 5. pr. § 1. L. 24. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 4. C. *de pact. int. empt. et vend.* (4. 54.)

(30) L. 8. § 1. C. *de codicill.* (6. 36.)

(31) L. 3. L. 5. L. 7. § 4. 5. L. 25. § 1. L. 27. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.) L. 13. § 2. L. 28. § 4. D. *de jurejur.* (12. 2.)

(32) L. 18. D. *de except.* (44. 1.) L. 3. § 1. D. *de lib. exhib.* (43. 30.)

(33) L. 8. § 14 D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 5. § 3. 6. 14. 16. D. *de his quae ut ind.* (34. 9.) L. 13. §. 9. L. 29. § 1. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 8. C. *de his quae ut indign.* (6. 35.) L. 6. C. ad L. *Corn. de fals.* (9. 22.)

(*) *Knappe* Saggio di una dichiarazione dell' idea delle eccezioni per rapporto al carico della pruova. Monaco 1839. 8.; *Albrecht*. Le eccezioni della procedura civile comune. Monaco 1835. 8.; *Savigny* Sist. § 226. seg.

(1) Si fa eccezione quando si tratta di atti proprii del convenuto, imperocchè ciascuno dee conoscere i suoi proprì *facta* L. 5. § 1. D. *pro suo* (41. 10.) confr. con la L. 42. D. de R. J. (50. 17.)

ti che servono di fondamento all' azione. 2) Allegando delle difese cioè delle ragioni che si oppongono all'azione; 3) Mediante l'una cosa e l'altra, quando cioè s'impugna il fondamento dell'azione, ma nel tempo stesso si allegano delle difese eventualmente pel caso che quel fondamento debba venir riconosciuto (2). Le difese poi possono esser di due specie: 1) l'allegazione che il dritto dell'attore sia in tutto o in parte realmente estinto *ipso jure solutum et extinctum* (3); 2) l' allegazione di un dritto per cui il convenuto o in generale o almeno attualmente e nelle presenti circostanze non sia tenuto di soddisfare alla domanda dell'attore. Solo le allegazioni della seconda specie si chiamano propriamente *exceptiones* (4) ed in un latino più moderno *praescriptiones* (5), la qual voce originariamente indicava una clausola posta innanzi alla formola dell' azione (6), e ad esse soltanto si riferiscono molte divisioni delle eccezioni. Così A. in quanto all'effetto si distinguono le *exceptiones perpetuae* s. *peremptoriae* che impediscono per sempre l'azione, e quindi annullano interamente il dritto di agire, e le *exceptiones temporales* s. *dilatoriae* che possono farsi valere solo attualmente, ma più tardi ed in altre circostanze cadono per sè stesse, e per conseguenza non procurano altro che una dilazione (7). B. In quanto all'ammisibilità, si distinguono le *exceptiones in personam*, il cui uso è limitato a determinate persone attivamente o passivamente, e le *exceptiones in rem* s. *rei cohaerentes*, nelle quali siffatta limitazione non ha luogo (8). C. Finalmente per rispetto ai fatti che servono ad esse di fondamento si distinguono le *exceptiones juris*, e *facti*, secondochè ai fatti, dai quali il convenuto deriva la sua eccezione, solo da una speciale disposizione della legge è attribuito l'effetto di procacciare un dritto

(2) L. 9. D. *de except.* (44. 1.) L. 9. C. *eod.* (8. 36.)

(3) L. 12. D. *de probat.* (22. 3.) L. 1. C. *eod.* (4. 19.) confr. con *Caj.* III. 168. 181.; L. 4. L. 10. pr. D. *de compens.* (16. 2.) L. 34. § 2. D. *de legat.* II. (31.) L. 34. § 1. D. de O. et A. (44. 7.) L. 14. C. *de compens.* (4. 31.) § 30. J. *de act.* (4. 6.)

(4) *Caj.* IV. 116. 119. pr. J. *de exc.* (4. 13.) L. 2. pr. D. *eod.* (44. 1.)

(5) L. 11. L. 23. D. *eod.* L. 29. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.) L. 8. L. 12. L. 13. C. *de except.* (8. 36.)

(6) *Caj.* IV. 130. seg. Confr. *Cic.* de Orat. I. 37.

(7) *Caj.* IV. 120-125.; § 8-10. J. *de exc.* (4.13.) L. 2. § 4. L. 3. D. *eod.* (44.1.) Le eccezioni dilatorie si chiamano anche *translationes*. *Fortunatianus* ed. Putsch. p. 68.; *Cic.* de Inv. I. 8.

(8) L. 7. pr. § 1. D. *eod.* L. 14. L. 15. D. *de div. temp. praescript.* (44.3.) L. 2. § 1. 2. L. 4. § 33. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 17. § 3-5. L. 21. pr. § 5. L. 25. L. 33. D. *de pact.* (2. 14.) § 4. J. *de replic.* (4. 14.)

d'eccezione, o pure questo effetto risulta per sè stesso dai principi generali del dritto, senza che sia mestieri che ciò sia espressamente detto nella legge (9). Le *exceptiones juris* le quali per rispetto alla origine si suddividono in *exceptiones civiles*, e *praetoriae* s. *honorariae* (10), e per rispetto alla circostanza che molte di esse sono state estese al di là della loro primitiva destinazione, si distinguono in *exceptiones directae* s. *vulgares*, ed *exceptiones utiles* (11), sono per la più parte introdotte in favore de'convenuti *in favorem debitorum*, ma alcune sono anche date per avversione contro certe pretensioni, *odio creditoris* (12). Nell'eccezione dell'estinzione del dritto non si possono incontrare tutte queste differenze; nondimeno la distinzione propria tra queste due specie di eccezioni presso i Romani stava nel loro uso processuale. Imperocchè 1) delle eccezioni alcune si doveano proporre subito *in jure* innanzi al magistrato, il quale allora le aggiungeva nella *formula judicii* come eccezioni alla *condemnatio* con le parole *nisi* o *si non*, e da ciò anche venne il loro nome di *exceptio* (13); e queste erano tutte le eccezioni dilatorie senza restrizione alcuna (14), e le perentorie almeno ne' giudizi *stricti juris* (15), giacchè ne' giudizi *bonae fidei* si ammettevano anche in *judicio* innanzi all' *arbiter* (16). Nondimeno vi erano anche alcune eccezioni perentorie le quali erano privilegiate in ciò che in tutte le cause si potevano allegare non solo in *judicio*, ma anche dopo la sentenza fino a che questa non fosse eseguita (17). 2) Per contrario l'eccezione dell' estinzione del dritto non era necessario che fosse prodotta dal convenuto fin dal principio *in*

(9) L. 14. L. 23. D. *de except.* (44. 1.); Fragm. Vat. 310.

(10) *Caj.* IV. 118.; § 7. J. *de exc.* (4. 13.) L. 9. § 3. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 7. L. 9. § 1. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 1. § 1. L. 4. § 33. D. *de doli exc.* (44. 4.) confr. *Savigny* Sist. § 227.

(11) L. 21. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 41. D. *de minor.* (4. 4.)

(12) L. 14. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 19. pr. L. 40. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 9. § 4. 5. L. 10. D. ad Sct. Maced. (14. 6.)

(13) *Caj.* IV. 119.

(14) L. 12. 13. C. *de exc.* (8. 36.)

(15) L. 28. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 36. D. de V. O. (45. 1.) § 30. J. *de act.* (4. 6.); *Noodt de jurisd. et imp.* I. 13.

(16) L. 38. L. 58. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 48. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 11. D. *de noxal. act.* (9. 4.) L. 3. D. *de rescind. vend.* (18. 5.) L. 28. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 21. D. *sol. matrim.* (24. 3.) L. 84. § 5. D. *de legat.* I. (30.) L. 4. L. 8. C. *de exc.* (8. 36.) L. 2. C. *sent. rescindi non posse* (7. 50.) L. 9. C. *de praescript.* l. t. (7. 33.)

(17) L. 11. D. de Sct. Maced. (14. 6.) L. 17. § 2. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 41. § 2. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 41. § 1. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

jure (18), sebbene per previdenza si solesse allegare in quello stadio della procedura, quando poteva dubitarsi se un *factum* avesse prodotto la reale estinzione del dritto, o soltanto una eccezione (19). Intanto pare che questo diverso trattamento delle eccezioni fosse introdotto la prima volta dopo l'abolizione delle antiche *legis actiones*, e che al tempo di queste in generale non avea luogo alcuna allegazione di eccezioni *in jure* (20). Se alle eccezioni del convenuto, contro le quali si possono fare le medesime moltiplici difese che sono ammesse contro un' azione, si oppongano delle altre eccezioni da parte dell' attore, queste si addimandano repliche, *replicationes*, e nella medesima guisa possono dipoi aver luogo da parte del convenuto delle altre eccezioni contro le repliche, *duplicationes;* ed ancora possono immaginarsi delle *triplicationes* dell' attore, e *quadruplicationes* del convenuto, anzi anche delle ulteriori scambievoli eccezioni, le quali si denominano secondo il numero progressivo (21).

B. Dell' *exceptio doli e metus* in particolare. (*)

§ 72. Parecchie eccezioni non si possono generalmente immaginare che contro certe date pretensioni, ma parecchie altresì si possono opporre ad ogni maniera di azioni, e tra queste l'*exceptio doli* ha una particolare importanza pratica. Ne' giudizi di buona fede questa eccezione fu in ogni tempo ammessa per l'antico principio che all' ufficio dell' arbitro si appartenga di prendere in considerazione il *dolus* (1), al che allude la regola: « *exceptio doli inest judiciis bonae fidei* » (2), ma nel quinto secolo di Roma un pretore a nome Cassio la concesse generalmente (3), e per conseguenza anche ne' giudizi di stretto drit-

(18) *Caj.* III. 181. Su ciò si fonda altresì l'accurata distinzione se un dritto sia estinto *ipso jure* o se possa soltanto opporvisi contro una eccezione; V. i luoghi citati nella N. 3.

(19) L. 31. § 1. D. de O. et A. (44. 7.)

(20) *Caj.* IV. 108.

(21) *Caj.* IV. 126-129.; Fragm. Vat. § 259.; pr § 1-3. J. *de replic.* (4. 14.) L. 7. § 1. 2. D. *de cur. fur.* (27. 10.) L. 2. § 1-3. L. 7. § 1. L. 22. § 1. D. *de exc.* (44. 1.) L. 10. C. *eod.* (8. 36.)

(*) *Daniels De except. doli quondam personali.* Bonn. 1787. 8. Hänel nell' Arch. per la prat. civ. vol. XII. No. 20.

(1) *Cic. de offic.* III. 15.; L. 152. § 3. D. de R.J. (50.17.) L. 3. C. *ex q. caus. maj.* (2. 52.) L. 2. C. *de act. empti* (4. 47.)

(2) L. 21. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 84. § 5. D. *de legat.* I. (30.)

(3) L. 1. § 1. L. 4. § 33. D. *de doli exc.* (44.4.). La mia teorica sulla restituzione nello stato primiero. Gottingen 1831. 8. p. 206. seg.

to, ne' quali però dovea esser proposta nel principio della lite innanzi al magistrato (4); pertanto probabilmente vi aggiunse fin d' allora la limitazione che la *exceptio doli* non si potesse adoperare contro quelle persone alle quali si deve rispetto e venerazione (5), e che contro i successori del primitivo interessato si potesse far valere soltanto nel caso di una successione a titolo lucrativo (6). Ma siccome chiamasi *dolus* tanto l' inganno quanto l' ingiustizia deliberatamente commessa, così l' *exceptio doli* ha luogo non solamente a cagione dell' inganno (sebbene questo sia il suo principal fondamento) (7) ma ancora come *exceptio doli generalis* si ammette in tutti i casi in cui la pretensione dell'attore quantunque ben fondata nella forma, si trovi materialmente contraria al dritto (8), ed in questo senso su tutte le circostanze che danno origine ad una *exceptio facti* si può appoggiare l' *exceptio doli* (9), giacchè quantevolte compete una *exceptio facti* l'azione si trova in opposizione coi principi generali del dritto (10). Non vi è dubbio che ne'primi tempi le *exceptiones facti* erano rivestite ordinariamente della forma di *exceptio doli*, il che soprattutto dovea accadere se il convenuto nei giudizi di buona fede voleva allegare una eccezione per la prima volta innanzi all' *arbiter*, imperocchè qui il dritto di produrre eccezioni anche innanzi all' arbitro come una derivazione della facoltà data all' *arbiter* di prendere in considerazione il *dolus*, in origine riguardava precisamente solo la *exceptio doli*, in fino a che a poco a poco non si prese l' abitudine di considerar quella forma come non es-

(4) L. 2. § 4. 19. L. 7. D. *eod.* L. 36. D. de V. O. (45. 1.) L. 3. C. *de donat. ante nupt.* (5. 3.) L. 5. C. *de inut. stip.* (8. 39.) § 30. J. *de act.* (4. 6.)

(5) L. 4. § 16. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 7. § 2. D. *de obseq.* (37. 15.)

(6) L. 4. § 27-31. L. 5. § 5. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 9. § 3. D. *qui potior* (20. 4.)

(7) § 1. J. *de except.* (4. 13.) L. 7. § 11. D. *de pact.* (2. 14.) L. 2. pr. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 36. pr. D. de V. O. (45. 1.) L. 5. C. *de inut. stip.* (8. 39.)

(8) L. 12. L. 4. § 13. D. *de doli exc.* (44. 4.) Se ne trovano delle applicazioni nelle L. 8. pr. D. *eod.* L. 173. § 3. D. de R. J. (50. 17.) L. 4. D. *de servit.* (8. 1.) L. 2. § 3. 6. L. 4. § 9. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 3. L. 4. § 8. L. 10. L. 17. pr. D. *eod.* L. 4. § 4. D. *eod.* L. 15. L. 66. D. *de solut.* (46. 3.) L. 1. § 3. D. *si a parente quis manum.* (37. 12.) § 2. J. *quib. alien. lic. vel non* (2. 8.); Caj. III. 168.

(9) L. 2. § 4. 5. L. 4. § 32. D. *de doli exc.* (44. 4. L. 8. D. *de cond. ob turp. caus.* (12. 5.) L. 10. § 2. L. 27. § 5. D. *de pact.* (2. 14.) L. 3. C. *de non num. pec.* (4. 30.)

(10) L. 2. § 4. 5. D. *de doli exc.* (44. 4.) Nelle *exceptiones juris* l' azione per regola non viene in collisione che con un favore singolare del convenuto; il qual favore se non è rispettato dall' attore, ciò non gli si può imputare come un atto contrario al dritto.

.suale, e quindi il principio: « *exceptio doli inest judiciis bonae fidei* » fu esteso e trasformato in questo: « *exceptiones facti insunt judiciis bonae fidei* » (11). Ma in alcune particolari applicazioni anche nel dritto romano posteriore troviamo tuttora l' uso anzi la necessità di rivestir le *exceptiones facti* con la forma dell' *exceptio doli* (12). *L' exceptio metus* ha un' applicazione più limitata, giacchè si può allegar solamente contro le azioni derivanti da atti infetti di violenza (13), essa però generalmente è *in rem* (14). Amendue le eccezioni possono anche prodursi contro altre eccezioni come *replicatio doli* o *metus* (15), solo è da avvertire che contro la *exceptio doli* non è ammissibile la *replicatio doli* (16) (a).

δ) Del dritto di ritenzione (*)

§ 75. Bene spesso l' *exceptio doli* può fondarsi su di ciò che il convenuto abbia anche da sua parte delle pretensioni contro l' attore, e che finchè queste pretensioni non sieno soddisfatte, la domanda dell' attore sembri ingiusta. La facoltà di opporre siffatta eccezione dicesi dritto di ritenzione, ma sotto un tal nome i Romani spesso intendono anche il dritto di fare una deduzione da una prestazione (1). Nondimeno il dritto di ritenzione non ha luogo per qualsivoglia contraria pretensione, ma solo ne' casi dalla legge determinati (2). La

(11) L. 3. D. *de rescind. vend.* (18. 5.)
(12) § 30. J. *de act.* (4. 6.)
(13) L. 9. § 3. L. 14. § 6. 9. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 7. § 2. D. *de obseq.* (37. 15.)
(14) L. 4. § 33. 34. D. *de doli exc.* (44. 4.)
(15) L. 25. D. *de dolo* (4.3.) L. 3. L. 6.C. *de exc.* (8. 36.); Fragm. Vat. § 259.
(16) L. 4. § 13. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 154. D. de R. J. (50. 17.)
(*) *Faselius* Saggio di un' esposizione sistematica della teorica del dritto di ritenzione. Halle 1790. 8. e 1793. 8. *Ranft. de jure retentionis.* Lips. 1817. . ; *Schenk* la teorica del dritto di ritenzione secondo il dritto comune. Jena 1837. 8. *Luden* del dritto di ritenzione. Jena 1839. 8. A me pare che il luogo conveniente pel dritto di ritenzione sia qui tra le eccezioni. Esso non dee allogarsi nella teoria del possesso, imperocchè non ha luogo solo nelle azioni contro il possessore, ed anche meno tra i mezzi della privata difesa, quando non si voglia chiamar privata difesa ogni eccezione.
(1) *Ulp.* IV. 9. 10.; § 7. 9. J. *de fideic. her.* (2. 23.) L. 91. D. ad L. Falc. (35. 2.) L. un. § 5. C. *de rei uxor. act.* (5. 13.) L. 51. D. *de cond. ind.* (12. 6.)
(2) L. 4. C. *commod.* (4. 23.)
(a) Labeone ce ne arreca la ragione dicendo non esser giusto che la comune malizia porti un premio per l' attore ed una pena pel convenuto, ma al contrario esser conforme alla giustizia che l' attore non ritragga alcun profitto da ciò che perfidamente operò. Nota del Tr.

maggior parte di questi casi son quelli in cui vi è una certa connessione tra il dritto dell'attore e la pretensione contraria (3). Intanto da ciò non si potrebbe dedurre la regola che ogni pretensione connessa dell'avversario possa dar luogo alla *exceptio doli* o al dritto di ritenzione; perchè l'idea di connessità non si può stabilmente determinare, e neppure potrebbe stabilirsi il principio che il dritto di ritenzione sia ristretto alle pretensioni connesse, imperocchè esso s'incontra anche in casi in cui i dritti vicendevoli delle parti avverse non si trovano in alcuna connessione tra loro (4); noi ci riserbiamo di indicarne le singole applicazioni ove se ne presenterà l'occasione.

c) Della prescrizione delle azioni (*).

§ 74. Una eccezione che egualmente si può opporre a tutte le azioni è quella della prescrizione o del decorrimento del tempo, *exceptio s. praescriptio temporis*, la quale appartiene alle *exceptiones juris* introdotte per benefizio del convenuto (1). Siffatta eccezione non era conosciuta nell'antico dritto romano; imperocchè quantunque fin dai tempi antichi si trova che i giudizi non potevano durare oltre un tempo determinato (2), che Giustiniano fissò in generale a 3 anni (3), nondimeno la facoltà d'intentare un'azione non era in origine ristretta ad alcun termine. In prima si fece eccezione per le azioni pretorie, le quali per la maggior parte non potevano essere intentate che tra un anno (4). Da ciò provenne la distinzione di *actiones perpetuae*, per

(3) L. 27. § 5. L. 48. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 18. § 4. D. *commod.* (13. 6.) L. 2. pr. D. *de L. Rhod. de jactu* (14. 2.) L. 26. § 4. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 13. § 8. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 1. pr. D. *de pign.* (20. 1.) L. 9. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.) L. 6. L. 7. § 2. L. 9. D. *de damno inf.* (39. 2.) L. 15. § 2. 3. D. *de furt.* (47. 2.)

(4) § 30 J. *de act.* (4. 6.) L. 26. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. un. C. *etiam ob chirogr. pecun.* (8. 27.) Qui apparterrebbe anche l'*exceptio spolii* del dritto canonico.

(*) *Buchel.* Spiegazioni sul dritto civile 1. Marburg 1832. 8.; *Savigny* Sist. § 237. e seg.

(1) *Buchel* p. 21. seg. Non si oppone la L. 8. C. *de ann. exc. Ital. contr.* (7. 40.) la quale accenna che l'eccezione della prescrizione fu introdotta *odio creditorum*.

(2) L. 8. § 4. D. *de dolo* (4. 3.) L. 32. D. *de judic.* (5. 1.) L. 30. § 1. D. ad Aquil. (9. 2.) L. 49. L. 24. § 7. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 3. § 1. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.) L. 2. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.) L. 2. D. *jud. solvi* (46. 7.) L. 8. § 1. D. *rat. rem. hab.* (46. 8.); *Caj.* IV. 104.; Serv. ad Aeneid. II. v. 102.; *Juvenal.* Sat. XVI. v. 35. seg.; *Keller* Sulla contestazione della lite § 15-18.

(3) L. 13. C. *de judic.* (3. 1.)

(4) *Caj.* IV. 110. 111.; L. 35. pr. D. de O. et A. (44. 7.)

le quali non vi era ancora alcun termine, ed *actiones temporales*, che non si potevano promuovere se non tra un certo spazio di tempo (5). Ma il numero delle azioni temporali si venne a poco a poco accrescendo per l' introduzione di diversi termini per agire. Per verità queste innovazioni riguardarono in parte solo alcune speciali azioni (6), ma in parte colpirono ancora delle intere specie delle medesime (7). La più importante fu la limitazione delle *actiones in rem* mediante la *praescriptio longi temporis*, mentre per queste si fermò il principio che quando il convenuto avesse acquistato il possesso dell'oggetto litigioso con un legittimo titolo di acquisto *justo titulo*, ed in buona fede, *bona fide*, e lo avesse posseduto per 10, o 20 anni, secondo la diversità delle circostanze, potesse da ciò dedurre una eccezione (8). Finalmente Teodosio II. dispose che tutte le azioni alle quali non fosse già assegnato un tempo più breve si dovessero estinguere in 30 anni (9), al che Anastasio per tor via una sofistica interpetrazione della costituzione di Teodosio aggiunse a compimento la disposizione che in ogni caso niun dritto d'azione potesse durare oltre a 40 anni (10). Dopo ciò non vi sono più vere *actiones perpetuae*, nondimeno sono tuttora così chiamate quelle le quali non si prescrivono che in 30 o più anni (11); ed ancora fu sempre ritenuta la regola stabilita da Teodosio, quantunque Giustiniano abbia di poi fatte alcune eccezioni (12). L' effetto della prescrizione delle azioni generalmente sta solo in ciò che il convenuto ottiene l'*exceptio* s. *praescriptio temporis* (13), la quale per verità è *perpetua* ed *in rem* e per conseguenza porta l'intera estinzione del dritto di azione, *extinctio* s. *submotio actionis* (14), ma nondimeno non tocca il dritto medesimo che le serve di fondamento (15),

(5) pr. J. *de perpet. et temp. act.* (4. 12.)
(6) p. es. la *querela inofficiosi. Plin.* Epist. I. 5.; L. 16. C. *de inoff. test.* (3. 28.)
(7) L. 13. pr. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.) L. 8. D. *de popul. act.* (47. 23.)
(8) V. appresso Note 33-41.
(9) L. 3. C. *de prescr.* 30. *ann.* (7. 39.) confr. Nov. Valentin. III. tit. 27.
(10) L. 4. C. *eod. confr.* L. 1. § 1. C. *de ann. exc. ital. contr.* (7. 40.)
(11) In opposizione al *longum tempus* di 10. o 20. anni i più moderni chiamano il tempo di 30. o più anni *longissimum tempus*.
(12) L. 1. 3. C. *de aleator.* (3. 43.) L. 7. C. *de praescript. ann.* (7. 39.) L. 23. C. *de sacros. eccles.* (1. 2.) L. 14. C. *de fund. patrim.* (11. 61.) Nov. 9. Nov. 111.
(13) L. 3. 5. 9. 12. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.) L. 26. pr. C. *de usur.* (4. 32.) L. 30. C. *de jure dot.* (5. 12.) L. 2. L. 11. L. 12. C. *de praescr. long. temp.* (7. 33.) L. 7. § 2. 4. L. 8. § 1. 4. L. 9. C. *de praescr.* 30 ann. (7. 39.) L. 1. § 2. C. *de ann. exc. ital. cont.* (7. 40.)
(14) L. 3. 4. 7. C. *de praescr.* 30 ann. (7. 39.) Nov. Valentin. III. tit. 27.
(15) L. 2. C. *de luit. pign.* (8. 31.) L. 7. § 1-3. L. 8. § 1. C. *de praescr.* 30. ann.

tranne pochi casi in cui la prescrizione esercita una più estesa influenza (16). Il decorrimento del tempo della prescrizione, il quale solo in poche azioni temporali è un *tempus utile* (17), regolarmente comincia dal giorno in cui nasce il dritto di agire (18), e si misura secondo la computazione civile, in guisa però che l' ultimo giorno debba essere interamente trascorso prima che il termine si abbia per compiuto (19). Ma talvolta certi tempi non sono annoverati, cioè 1) il tempo in cui il creditore per qualsivoglia ragione non può agire (20), come del pari 2) il tempo della sua età pupillare (21), e 3) nelle azioni temporali anche il tèmpo della sua minorità (22). Ma ha luogo una piena interruzione della prescrizione 1) Con l' introduzione dell' azione (23), nel qual caso, se la procedura si arresta, può esser ripresa entro 40 anni da computarsi dall' ultimo atto (24), eccetto se la cosa litigiosa sia passata in questo mezzo in altre mani (25); 2) Con una protesta giudizialmente fatta contro la prescrizione, quando l' avversario non si trovi, e non si possa per questo agire (26); 3) Pel riconoscimento del dritto in quistione da parte del convenuto (27); 4) Pel deferimento stragiudiziale del giuramento sopra il dritto in contesa (28); E nelle azioni contro un possessore anche 5) per la perdita del

(7. 39.) Non si oppongono le L. 6. de O. et A. (44. 7.) L. 37. D. *de fidejuss.* (46.1.) L. 38. § 4. D. *de solut.* (46. 3.) confr. *Savigny* Sist. § 248.

(16) L. 8. pr. § 1. C. *de praescr.* 30. *ann.* (7. 39.)

(17) Ce ne da un esempio la L. 19. § 6. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(18) L. 7. § 4. L. L. 8. § 4. C. *de praescr.* 30. *ann.* (7. 39.)

(19) L. 6. D. de O. et A. (44. 7.)

(20) L. 8. C. *qui bon. ced. poss.* (7. 71.) L. 30. C. *de jure dot.* (5.12.) L. 1.§ 2. C. *de ann. exc.* (7. 40.); Nov. 22. c. 24. Nov. 2. c. 2. Nov. 22. c. 26. Presso i Romani qui si rapportava anche il tempo in cui era annunziato un *justitium* Liv. IV. 26.; *Plutarch.* in Sulla c. 8.; *Dion. Ital.* V. 69.

(21) L. 3. C. *de praescr.* 30. *ann.* (7. 39.)

(22) L. 2. 5. C. *in quib. caus. in integr. rest. nec non est* (2. 41.)

(23) L. 7. pr. C. *de praescr.* 30. *ann.* (7. 39.) L. 3. C. *de ann. exc. ital. contr.* (7. 40.) L. 10. C. *de praescr. long. temp.* (7. 33.) Anche la domanda innanzi un arbitro produce questo medesimo effetto L. 5. § 1. C. *de recept.* (2. 56.)

(24) L. 9. C. *de praescr.* 30. *ann.* (7. 39.) L. 1. § 1. C. *de ann. exc.* (7. 40.) Strana contradizione che un giudizio continuato debb'esser compiuto in 3. anni L.13.C. *de judic.* (3. 1.), ed un giudizio rimasto sospeso possa esser ripreso per lo spazio di 40. anni.

(25) L. 1. *de praescr. long. temp.* (7. 33.)

(26) L. 2. C. *de ann. exc.* (7. 40.) Confr. L. 14. § C. *de non num. pec.* (4. 30.)

(27) L. 7. § 5. C. *de praescr.* 30. *ann.* (7. 39.)

(28) L. 9. § 3. L. 34. § 3. L. 35. § 2. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 28. § 2. D. *de jud.* (5. 1.); *Keller* sulla contestazione della lite pr. 49. seg.

possesso (29). Delle eccezioni alle quali va soggetta l'applicazione della prescrizione trentenaria che vale come regola, quelle che hanno relazione a certe particolari azioni si possono indicare quando accadrà di ragionare di ciascuna di esse, al contrario le eccezioni di più ampia estensione è bene che qui si riuniscano:

1.° Le azioni popolari si prescrivono tutte in un anno (30).

2.° Del pari la maggior parte delle azioni pretorie, e segnatamente tutte le azioni penali (31), eccetto un paio che per posteriori disposizioni furono anche elevate ad *actiones perpetuae* (32).

3.° Contro le *actiones in rem* ha luogo la *exceptio longi temporis* (33). Da principio veramente pare che questa eccezione, la cui origine è ignota, fosse ammessa solo contro la revindicazione di cose immobili (34), ma sotto gl' imperadori non solo fu estesa alla revindicazione di cose mobili (35), ma anche in generale a tutte le *actiones in rem* (36), eccetto solo la *vindicatio in libertatem* (37), e le *actiones mixtae* cioè l'*hereditatis petitio*, e le azioni per divisione (38); sempre però per far valere questa eccezione è necessario un possesso

(29) L. 8. L. 15. § 1. *De div. temp. praescr.* (44. 3.) L. 5. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 2. C. *de praescr. long. temp.* (7. 33.)

(30) L. 8. D. *de popul. act.* (47. 23.) L. 5. § 5. D. *de his qui effud.* (9. 3.)

(31) L. 35. pr. D. de O. et A. (44. 7.) L. 1. § 4. L. 4. D. *de interd.* (43. 1.). Caj. IV. 110. 111.

(32) pr. J. *de perpet. et temp. act.* (4. 12.)

(33) Alle *actiones in personam* non si applica mai questa eccezione. L. 5. C. *quib. non objic.* l. 1. pr. (7. 35.) Fanno eccezione però le *actiones in rem scriptae*, almeno l'*actio quod met. causa* nel caso che si promuova contro un terzo possessore L. 3. C. *de his quae vi* (2. 20.)

(34) *Unterholzner* Tratt. della prescrizione § 10. Non si oppone la L. 3. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.) dove la lezione della *Vulgata* « *in mancipiis quae in praediis morantur, quae partes fundi sunt* » pare che sia la sola esatta, se si ponga mente alla L. 9. D. *eod.* confr. con la L. 6. § 1. C. *de secund. nupt.* (5. 9.) L. 7. C. *de agric. et cens.* (11. 47.)

(35) L. 9. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.)

(36) Segnatamente all' *actio hypothecaria* L. 12. D. *eod.* L. 1. 2. C. *si advers. cred.* (7. 36.) all' *actio negatoria* L. 10. D. *si serv.* (8. 5.) L. 12. C. *de praescr.* l. t. (7. 33.), all' *actio confessoria* L. 16. § 1. C. *de usufructu* (3. 33.) L. 13. C. *de servit.* (3. 34.) ed alla *vindicatio in servit.* L. 1. L. 2. C. *de l. t. praescr. quae pro libert. opp.* (7. 22.)

(37) V. appresso § 120. No. 8.

(38) L. 7. C. *de her. pet.* (3. 31.) L. 4. C. *in quib. caus. cess.* l. t. *praescr.* (7. 39). L. 6. C. *fin. reg.* (3. 39.) L. 1. § 1. C. *de ann. exc.* (7. 40.) Confr. sopra § 62.; No. 33.

acquistato *justo titulo* e *bona fide* (39). Ed in questa materia si ritiene per lungo tempo lo spazio di 10 anni *inter praesentes*, e 20 *inter absentes* (40), distinzione che da principio fu variamente interpetrata, ma che Giustiniano dipoi dichiarò consistere in ciò che si dovesse vedere se l'attore ed il convenuto abitassero nella medesima provincia o no (41). Del resto in caso di successione il possessore attuale può computare a suo profitto anche il tempo che ha posseduto il suo autore, il che dicesi *accessio possessionis* (42).

4.° Le azioni del fisco si prescrivono almeno in 20 anni quando non sieno di quelle azioni che hanno una durata più breve (43), o che per eccezione durano più lungamente (44).

5.° Al contrario le azioni delle Chiese e degli Stabilimenti pii non si prescrivono che in 40 anni, il che fu disposto da Giustiniano, il quale da prima avea assegnato la durata di un secolo (45) ad alcune azioni delle Chiese e degli Stabilimenti pii, e più tardi a tutte (46), ma in fine ridusse il tempo a 40 anni (47).

6.° Le Città in generale non godono a tal riguardo di alcun privilegio, nondimeno le loro azioni per causa di contratti di compra, donazioni, e legati durano 100 anni; imperocchè le disposizioni in cui ciò erasi egualmente introdotto per le Città per le Chiese e per gli Stabilimenti pii (48), per riguardo alle Città non patirono alcuna innovazione (49).

(39) *Paul.* V. 2. § 4. L. 11. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.) L. 2. 4. 6. 9. 10. 11. C. *de praescr.* l. t. (7. 33.) L. 7. C. *quib. non objic. l. t. pr.* (7. 35.) L. 1. 2. C. *de l. t. pr. quae pro lib. opp.* (7. 22.) L. 7. C. *de agric. et cens.* (11. 47.)

(40) *Paul.* V. 2. § 3. L. 2. C. *de l. t. pr. quae pro lib. opp.* (7. 22.) L. 1. 9. 11. C. *de pr. l. t.* (7. 33.) L. 7. C. *quib. non objic. l. t. pr.* (7. 35.) L. 2. C. *si adv. cred.* (7. 36.)

(41) L. 12. C. *de pr. l. t.* (7. 33.) Nov. 119. c. 8. Diocleziano avea fissato a 20. anni il *longum tempus* nella *vind. in servitutem* L. 2. C. *de l. t. pr. quae pro lib. opp.* (7. 22.), Costantino a 40. anni nella vindicazione degl'immobili. L. 2. C. *de praescr. 30 an.* (7. 39.), ed Onorio nella vindicazione de'coloni a 30 e 20 anni, secondo che si trattava di uomini o di donne L. un. C. Th. *de inquil.* (5. 10.) L. 1-3. C. Th. *de his qui condict.* (12. 19.)

(42) L. 6. 14-16. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.) L. 11. C. *de pr. l. t.* (7. 33.) § 12. J. *de usuc.* (2. 6.)

(43) L. 13. pr. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.).

(44) L. 14. C. *de fund. patrim.* (11. 61.)

(45) L. 23. C. *de sacros. eccl.* (1. 2.)

(46) Nov. 9.

(47) Nov. 111. confr. Nov. 131. c. 6.

(48) L. 23. C. *de sacros. eccl.* (1. 2.)

(49) *Athanas Scolast.* t. 2. *const.* 5.; *Anonymus* de div. lection. § 3. (*Heimbach.* Anecd. t. 1. p. 38. e p. 191.) Di altra opinione è Savigny Sist. § 247. No. IV.

7.° A ciò si può finalmente aggiungere che le azioni una volta introdotte, ma non continuate, solo dopo 40 anni non possono più esser proseguite (50).

3) *Della pruova.*

§ 75. Chi sostiene de' dritti innanzi alla giustizia dee provare i fatti onde quelli derivano, cioè dee procurare al giudice la notizia di quei fatti; mentre al contrario chi nega soltanto non ha nulla a provare, *affirmanti incumbit probatio non neganti* (1). Questa regola non soffre eccezione se non quando o l'avversario concede qualche cosa che altrimenti avrebbe dovuto esser provata (2), ovvero spontaneamente assume di provare il contrario (3), o pure quando una presunzione legale sostiene l'assunto dell' attore (4). In conseguenza l'attore dee provare tutti i fatti che sono il fondamento della sua azione (5), tra i quali in ispezialità è compreso l'acquisto del suo dritto (6), e quando l'azione va congiunta con l'impugnazione della validità di un atto, vi si comprende anche il preteso vizio, dal quale la invalidità si deduce (7), ma non è tenuto però anche di provare che qualche cosa non sia accaduta o non esista; imperocchè quando l'azione è fondata sopra una tal presupposizione, essa per tal riguardo non contiene che una negazione (8). Parimente il convenuto dee provare le sue eccezioni (9), non solo le eccezioni in senso proprio (10),

(50) V. sopra No. 21.

(1) L. 2. L. 22. D. *de probat.* (22. 3.) L. 23. C. *eod.* (4. 19.) L. 10. C. *de non num. pec.* (4. 30.)

(2) L. 23. § 11. L. 24. L. 25. D. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 56. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 1-6. D. *de confess.* (42. 2.) L. un. C. *eod.* (7. 59.)

(3) L. 14. D. *de probat.* (22. 3.) L. 39. pr. D. *de lib. causa* (40. 12.)

(4) L. 2. § 1. D. *de pact.* (2. 14.) L. 5. D. *de in jus. voc.* (2. 4.) L. 24. L. 25. D. *de prob.* (22. 3.) L. 10. § 4. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 14. C. *de prob.* (4.19.) L. 14. L. 15. C. *de solut.* (8. 43.) Nov. 117. c. 2.

(5) § 4. J. *de legat.* (2. 20.) L. 9. L. 18. § 2. L. 19. pr. L. 21. D. *de prob.* (22. 3.) L. 2. L. 23. C. *eod.* (4. 19.) L. 9. C. de O. et A. (4. 10.)

(6) L. 23. D. *de prob.* (22. 3.) L. 2. C. *eod.* (4.19.) L. 3. C. *de rei vind.* (3.32.) L. 1. C. *de edendo* (2. 1.) L. 15. C. *de pign.* (8. 14.)

(7) L. 5. § 1. L. 15. L. 25. D. *de prob.* (22. 3.) L. 30. D. de V. O. (45. 1.) L. 11. C. *de prob.* (4. 19.)

(8) L. 11. D. *de prob.* (22. 3.) L. 6. D. *de cond. causa data* (12. 4.) Nov. 115. c. 3. § 14. Non si oppongono le L. 8. L. 14. D. *de prob.* (22. 3.) L. 7. § 5. D. *de lib. causa* (40. 12.) le quali non contengono che una positiva eccezione.

(9) L. 9. D. *de prob.* (22. 3.) A ciò allude la regola « Reus excipiendo fit actor » L. 19. pr. D. *eod.* L. 1. D. *de exc.* (44. 1.)

(10) Qui appartiene anche il caso quando il convenuto non impugna l'esistenza, ma

ma anche l'eccezione della estinzione del dritto (11); ma è da avvertire che nel caso che si voglia far uso delle eccezioni eventualmente, il convenuto non è tenuto a farne la pruova se non dopo che l'attore avrà fatta la sua pruova (12), ed in somigliante modo si debbono anche dimostrare i fondamenti delle repliche, dupliche, e così di seguito (13). I mezzi di pruova che si possono adoperare sono:

1.° L'ispezione oculare del giudice, se egli per la propria immediata osservazione si possa convincere di un certo stato di cose (14).

2.° I periti, i quali, dove per l'osservazione ed estimazione di uno stato di cose si richiegga una special conoscenza, suppliscono la propria osservazione ed estimazione del giudice mediante il loro rapporto sullo stato delle cose, ovvero mediante il loro parere (15).

3.° I testimoni *testes*, i quali riferiscono soltanto ciò che essi coi propri sensi han conosciuto (16), nel che per regola due testimoni che rapportano il medesimo fatto fanno una piena pruova (17), purchè non si possa oppor nulla contro la loro credibilità (18).

4.° I titoli *instrumenta*, *documenta*, *monumenta*, *diplomata*, *chartae*, ne' quali fa gran distinzione se sieno titoli pubblici, cioè formati da persone rivestite di pubblica autorità, ed in forza del loro uffizio, o almeno autenticati, ovvero se sieno semplicemente scritture private; imperocchè quelli per tutto il loro contenuto si hanno come veri fino alla pruova del contrario (19), ma queste valgono come vere solo in quanto chi le ha formate vi abbia inserito e riconosciuto qualche cosa a suo danno (20), e talvolta anche in questo senso ristretto non

la validità di un atto, o quando ne allega i vizi, le quali cose egli dee sostenere e provare L. 14. C. *de contr. stip.* (8. 38.) L. 5. C. *de codic.* (6. 36.) L. 14. C. *de prob.* (4. 19.) L. 12. in fine D. *eod.* (22. 3.)

(11) L. 12. L. 22. D. *eod.* L. 1. C. *eod.*

(12) L. 9. C. *de exc.* (8. 36.)

(13) L. 1. § 1-3. L. 22. § 1. D. *eod.* (44. 1.)

(14) L. 32. D. *de minor.* (4. 4.)

(15) L. 1. pr. § 5. 6. 8. 10. D. *de insp. ventre* (25. 4.) L. 3. C. *fin. reg.* (3. 39.) L. 6. § 1. C. *de secund. nupt.* (5. 9.) Nov. 7. c. 3.

(16) *I testes de auditu* i quali depongono solo ciò che da altri hanno udito non hanno alcuna forza di pruova. Nov. 90. c. 2.

(17) L. 12. D. *de test.* (22.4.) Un' eccezione si contiene nella L.18. C.*eod.* (4.20.)

(18) L. 2. 3. 6. 7. 9. 10. 21. D. *eod.*; Quintil. Inst. Or. V. 7. confr. *Escher de testium ratione quae Romae Ciceronis aetate obtinuit.* Turici 1842. 8.

(19) L. 10. D. *de prob.* (22.3.) L. 4. L. 20. C. *de fide instr.* (4.21.) Nov. 49. c.2.

(20) L. 26. § 2. D. *depos.* (16. 3.) L. 25. § 4. L. 29. pr. D. *de prob.* (22. 3.) L. 7. C. *eod.* (4. 19.) L. 6. C. *de test.* (6.23.) Il detto comune che i titoli privati non

fanno fede se non quando sieno sottoscritte almeno da tre testimoni, *instrumenta quasi publica* (21) (a). Se la verità di un fatto venga soltanto dedotta per via di argomentazione da altri fatti dimostrati o altramente noti, ciò chiamasi pruova artificiale, *probatio artificialis* (22). A compimento della dimostrazione può servire il giuramento deferito dal giudice (23), il quale, allorchè la pruova non è piena, si può deferire o a colui che ha prodotta la pruova, affinchè egli confermi anche col suo giuramento le cose allegate (*juramentum suppletorium*), o all' avversario, affinchè egli giuri la falsità di quelle allegazioni (*juramentum purgatorium*); ed ancora in surrogazione della pruova può valere il giuramento deferito dalla parte *juramentum delatum*, allorchè colui che dee provare alcuna cosa rimette la decisione al giuramento della parte avversa (24), la quale però può anche riferirlo al suo avversario (25), eccetto quando il giuramento sia stato deferito per convenzione stragiudiziale (26).

4) *Della contestazione della lite* (*).

§ 76. L'atto con cui si stabilisce la contesa e che si riguarda come il vero principio della lite addimandasi *litis contestatio*. Per ciò si richiede che la lite sia assunta dal convenuto *judicium acceptum* s. *su-*

provano che contro il loro autore è troppo ristretto, imperocchè ciò che questi riconosce a suo danno debb' esser ritenuto anche da' terzi che hanno interesse che ciò non sia vero, in quanto non pruovino il contrario, il che neppure è sempre permesso. Nov. 48. c. 1. Non si oppone la L. 11. C. *qui potiores* (8. 18.) Di altra opinione è Glück Spiegazione Sistemat. delle Pand. vol. XVIII. § 1081.

(21) L. 17. C. *si cert. pet.* (4. 2.) L. 20. C. *de fide instr.* (4. 21.) L. 11. C. *qui pot.* (8. 18.) Nov. 73. c. 1. 2. 8. Nov. 90. c. 2.

(22) *Quintil.* I. O. V. 5. e 8.

(23) L. 1. L. 31. D. *de jurejur.* (12.2.) L. 3. L. 12. C. *de reb. cred. et jurejur.* (4. 1.)

(24) L. 3. seq. D. h. t.; *Quintil.* I. O. V. 6. Talvolta anzi non si ammette altra pruova che il giuramento L. 32. C. *de fideic.* (6. 42.); confr. anche Dion.Hal. II. 74.

(25) L. 34. § 7. L. 38. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 12. C. *eod.* (4. 1.) Nov.73. c.9.

(26) L. 17. pr. D. h. t.

(*) *Keller.* Sulla contestazione della lite e sentenza. Zurigo 1827. *Mayer.* La contestazione della lite. Stuttgart 1830. 8. *Danz. De lit. contest. quae fuit tempore legis actionum.* Jenae 1831. 8.

(a) Così Giustiniano dispose che quando si tratta di una somma eccedente 50 libbre d'oro il debitore che vuol farsi rilasciare quietanza pel pagamento dee far sottoscrivere da tre testimoni degni di fede il chirografo rilasciatogli dal creditore, senza di che il chirografo non debba essere ammesso a far pruova del pagamento. Nota del Tr.

susceptum (1), e quindi che costui si sia di già dichiarato ed impegnato nella contesa, cosicchè sia certo che egli voglia contrastare la domanda dell'attore, e fino a qual punto (2), il perchè non solo la semplice proposta dell' azione non contiene ancora la *litis contestatio* (3), ma neppure una dichiarazione del convenuto occasionata dalla domanda dell' attore può valer come contestazione di lite, se essa non riguarda il contenuto essenziale dell' azione medesima (4). Anticamente la *litis contestatio* avveniva nel momento che il *judicium* era ordinato ed erasi progettata la *formula judicii* indicante i punti in quistione, il che per l' intervento appunto de' testimoni a tal atto richiesti diede occasione al suo nome (5), e fu sempre ritenuto nella sostanza. Imperocchè quantunque sotto gl' imperadori la forma della *ordinatio judicii* si fosse mutata, pure rimase sempre il principio che la *litis contestatio* non avveniva che nell' ultimo atto della discussione che si faceva innanzi al magistrato, nel quale allora soleva farsi per la prima volta la dichiarazione del convenuto (6), e per questa dichiarazione s' intendeva contestata la lite (7). Secondo l'opinione de' Romani nella *litis contestatio* si conteneva un tacito contratto delle parti (8) 1) di attenersi ai punti di quistione stabiliti nella contestazione della lite (9), ed ordinariamente l'esatta osservanza di questo dovere veniva anche garentita da una espressa *sponsio* (10), 2) di far discutere la causa nel *judicium* di già ordinato, (11) e 3) che il convenuto in caso di condanna dovesse prestare all' attore ciò che questi avea domandato (12). Da ciò deriva 1) che l'attore non potea cambiare nè il fondamento della sua azione, nè la domanda (13), eccetto, secondo una di-

(1) L. 25. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 25. § 8. D. *de aed. ed.* (21. 1.) L. 29. D. *de novat.* (46. 2.)

(2) L. un. C. *de lit. cont.* (3. 9.) L. 14. § 1. C. *de jud.* (3. 1.) L. 2. C. *de jurejur. pr. cal.* (2. 59.) L. 3. C. *de edendo* (2. 1.)

(3) L. 6. § 2. L. 7. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 25. § 7. D. *de her. pet.* (5. 3.)

(4) L. 16. C. *de jud.* (3. 1.) Nov. 53. c. 3.

(5) *Festo* p. *Contestari.*

(6) V. sopra § 64. No 29.

(7) L. un. C. *de lit. cont.* (3. 9.)

(8) L. 3. § 11. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 22. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 83. § 1. D. *de* V. O. (45. 1.) L. 29. D. *de novat.* (46. 2.); *Keller* op. cit. § 8. seg.

(9) L. 23. L. 60. D. *de jud.* (5. 1.) L. 27. D. *de* R. J. (50. 17.) L. 3. C. *de. ed.* (2. 1.); *Caj.* IV, 53-56.

(10) *Caj.* IV. § 13. 91. 165.

(11) L. 7. L. 30. L. 34. D. *de jud.* (5. 1.) Nov. 53. c. 3.

(12) V. Le seg. note 18-21.

(13) L. 3. C. *de edendo* (2. 1.); *Caj.* III. 80. 81.; IV. 53-56.

sposizione di Zenone, se solo per errore avesse domandato di meno (14); 2) che i giudici nominati non potevano più esser ricusati (15), ed impegnata scientemente la lite dal convenuto anche innanzi un tribunale incompetente, ne rimaneva stabilita la sua competenza (16), come pure la competenza del tribunale non cessava, se avveniva che il foro del convenuto si mutasse (17); 3) che chi impegnava la lite pel debitore assumeva il suo debito (18), e con ciò lo liberava (19), e chi si lasciava convenire come possessore, comechè non possedesse, dovea pagare il valore della cosa (20); 4) che il debitore impegnando la lite col cessionario lo riconosceva per creditore, anche quando egli non avesse formalmente legittimato la sua persona (21); 5) che la pretensione dell' attore mediante la contestazione della lite si trasformava in una obbligazione contrattuale (22), il perchè, come in queste obbligazioni suol avvenire, avea luogo una trasmissione negli eredi attivamente e passivamente (23), ed ancora la contestazione della lite valeva come una specie di novazione (24); e che 6) il convenuto condannato dovea rimettere l'attore nella posizione in cui sarebbesi trovato se subito al tempo dell'introduzione del giudizio fosse stato soddisfatto, e per conseguenza da quel tempo in poi il convenuto come un *malae fidei possessor* dovea render conto di tutti gli utili e dei deterioramenti della cosa che formava l'oggetto del litigio, quantunque egli si fosse trovato in buona fede (25), e nelle azioni contro un possessore questi non era liberato perchè avesse usucapito la cosa (26) o

(14) L. 1. § 3. L. 2. § 1. C. *de plus pet.* (1. 10.) L. 34. J. *de act.* (4. 6.)
(15) Nov. 53. c. 3.
(16) L. 12. C. *de judic.* (3. 1.) L. 13. C. *de except.* (8. 36.)
(17) L. 7. L. 34. D. *de jud.* (5. 1.)
(18) L. 23. D. *de solut.* (46. 3.) L. 11. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) L. 22. D. *de tutel. act.* (27. 3.)
(19) L. 23. D. cit. L. 2. C. *de pact.* (2. 3.) L. 2. C. *de her. vend.* (4. 39.) confr. con la L. 60. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 50. § 2. D. *de pecul.* (15. 1.)
(20) L. 13. § 13. L. 45. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 25. L. 27. pr. D. *de rei vind.* (6. 1.)
(21) L. 3. C. *de novat.* (8. 42.) L. 2. C. *de* O. et A. (4. 10.)
(22) L. 3. § 11. D. *de pecul.* (15. 1.)
(23) L. 86. 87. 139. 164. D. de R. J. (50. 17.) L. un. C. *ex del. def.* (4. 17.) § 1. J. *de perpet. et temp. act.* (4. 12.)
(24) L. 29. D. *de novat.* (46. 2.) Fragm. Vat. § 263.; *Caj.* III. 180.
(25) § 2. J. *de off. jud.* (4. 17.) L. 20. § 11. L. 25. § 7. L. 31. § 3. L. 40. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 20. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 22. C. *eod.* (3. 32.)
(26) L. 18. 20. 21. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 2. § 21. D. *pro emptore* (41. 4.) L. 3. pr. D. *pro herede* (41. 5.) L. 26. C. *de rei vind.* (6. 1.) *Fragm.* Vat. § 12.

ne avesse perduto il possesso (27), anzi per regola era pure soggetto al pericolo del *casus* (28); inoltre alla contestazione della lite va pure annesso l' effetto che 7) nè l'azione può esser ceduta (29) nè l'oggetto della lite, *res litigiosa* può essere alienato (30); 8) la prescrizione dell'azione è interrotta (31); e 9) il convenuto ha il dritto di riconvenzione innanzi al tribunale ove è stato citato (32). Del resto alcuni degl' indicati effetti secondo il dritto romano più nuovo hanno luogo di già col solo promuover dell' azione, come il riguardare il convenuto qual possessore di mala fede (33), il divieto di alienare nelle *actiones in rem* (34), e l' interruzione della prescrizione nelle *actiones perpetuae* (35), e nel caso della *litis denunciatio* nel nuovo dritto si ritenne sempre come avvenuta la *litis contestatio* quando l'azione era stata notificata al convenuto (36).

5) *Delle sentenze* (*).

§ 77. L'attività del giudice ne' procedimenti giudiziari si manifesta parte ne' decreti dirigenti la procedura, i quali determinano soltanto l' andamento del giudizio, e parte nelle sentenze, decisioni, cognizioni, *sententiae* (1), le quali decidono di ciò che è quistione tra le parti, e che lo stesso giudice il quale ha giudicato non ha potere di riformare o modificare (2). Queste ultime son dette sentenze principali o definitive quando riguardano il proprio oggetto della lite (3), e sentenze accessorie o interlocutorie, quando si riferiscono solo a contro-

(27) L. 16. 21. 22. 36. 63. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(28) L. 82. § 1. D. de V. O. (45.1.) L. 14. § 1. D. *de poss.* (16.3.) L. 12. § 4. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 15. § 3. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 40. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 14. § 11. D. *quod met. causa* (4. 2.)

(29) L. 2. L. 4. C. *de litig.* (8. 37.)

(30) L. 1-3. D. *eod.* (44. 6.) L. 2-4. C. *eod.* L. 1. C. *Comm. div.* (3. 37.)

(31) L. 9. § 3. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 10. C. *de pr. l. t.* (7. 33.)

(32) Nov. 96. c. 2. § 1.

(33) L. 25. § 7. D. *de her. pet.* (5. 3.) Confr. coi luoghi cit. nella nota 25.

(34) Nov. 112. c. 1.

(35) L. 7. pr. C. *de pr.* 30. ann. (7. 39.) L. 3. C. *de ann. exc.* (3. 40.)

(36) L. 4. C. Th. *de denunt.* (2. 4.); L. 1. C. *quando lib.* (1. 20.)

(*) *Keller* op. cit. § 24. seg.

(1) L' espressione *decretum* e *decernere* nel dritto Rom. si adopera a significar l'uno e l' altro. L. 1. § 1. D. *de constit. princ.* (1. 4.)

(2) L. 14. L. 55. L. 62. D. *de re jud.* (42. 1.)

(3) L. 11. C. *de reb. cred.* (4. 1.) L. 3. C. *de sent.* (7. 45.) L. 10. C. *quando prov. non est necesse* (7. 64.)

versie insorte, nel corso del giudizio, per mezzo la procedura (4); e le principali o definitive si suddividono in condannatorie o assolutorie, secondochè condannano o assolvono il convenuto (5). La massima stabilita dal dritto romano che *omnia judicia absolutoria sunt* vuol dir solamente che il convenuto può sempre evitare la condanna soddisfacendo l'attore prima della sentenza, il che però i Proculiani non volevano generalmente ammettere (6) (a). Per la validità di ogni decisione si richiede che sieno pronunziate da un tribunale competente, salvochè non abbia avuto luogo una *prorogatio jurisdictionis* per la comparsa volontaria innanzi ad un giudice incompetente (7), che siesi osservata la procedura legale (8), e che le medesime non stieno in diretta opposizione coi chiari precetti della legge, *sententiae contra jus (in thesi clarum)* (9). Per vizi di tal fatta la sentenza è interamente nulla e senza forza obbligatoria, purchè non si sia lasciato decorrere un lungo spazio di tempo senza dolersene, e questo lungo tempo vien computato come nella *exceptio longi temporis* (10). Una sentenza per contrario che pecchi di vizii di altro genere, *sententia iniqua s. injusta* non può altramente togliersi di mezzo che per via di appello, e se l'appello non sia ammisibile, o il termine ad appellare sia già trascorso, la sentenza acquista autorità di legge, *res judicata* (11), cioè vale come vera e giusta, e però forma un dritto formale pel caso concre-

(4) Nel dritto Rom. *interlocutio* ha propriamente un' altra significazione L. 1. § 1. D. *de const. princ.* (1. 4.) L. 19. C. *ex quib. caus. infam. irrog.* (2. 12.)

(5) L. 3. C. *de sent.* (7. 45.) L. 1. L. 3. D. *de re jud.* (42. 1.)

(6) *Caj.* IV. 114. ; § 2. J. *de perpet.* (4. 12.)

(7) L. 20. D. *de jurisd.* (2. 1.) L. 1. 2. 4. C. *si a non comp. jud.* (7.48.) confr. con la L. 29. C. *de pact.* (2. 3.) 1. 12. C. *de jud.* (3. 1.) L. 13. C. *de exc.* (8 36.)

(8) L. 4. L. 6. C. *de sent.* (4. 45.) L. 3. C. *de sent. ex peric. rec.* (7. 44.) L. 3. § 7. C. *quomodo et quando jud.* (7. 43.) L.47. pr. D. *de re jud.* (42.1.) L.29. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) L. 1. D. *de fer.* (2. 12.)

(9) L. 32. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 19. D. *de appell.* (49.1.) L. 1. § 2. D. *quae sent. sine appell.* (49. 8.) L. 2. C. *quando prov. non sit nec.* (6. 64.)

(10) Pauli S. R. V. 5. A. § 8.

(11) L. 1. D. *de re jud.* (42. 1.) Talvolta *res judicata* si adopera in generale per sentenza definitiva L. 7. pr. D. *de transact.* (2. 15.)

(a) Nelle azioni di stretto dritto rilasciata che si era la formola ed ordinato il giudizio, a cagione della nuova obbligazione che si era contratta per la contestazione della lite, se l'*intentio* si trovava ben fondata, il convenuto dovea esser condannato non ostante che avesse forse soddisfatto l' attore prima della sentenza. Questa era l'opinione rigorosa de' Proculiani, ma i Sabiniani per contrario aveano avviso che si dovesse assolvere il convenuto quando prima della sentenza avesse volontariamente adempiuta la sua obbligazione, e ciò esprimevano col dire che *tutt'i giudizi sono assolutorii*. Nota del Tr.

to (12). Dalle sentenze condannatorie passate in cosa giudicata nasce per l'attore l'*actio rei judicatae* per l'esecuzione delle medesime (13), se non vi si adempia fra un termine dalla legge stabilito, *tempus judicati* (14); dalle sentenze assolutorie poi nasce pel convenuto la *exceptio rei judicatae* contro un nuovo attacco (15). Nondimeno anche l'attore che ha riportato vittoria può valersi di questa eccezione, quando il convenuto facendo alla sua volta da attore gli voglia contrastare il dritto riconosciuto da un precedente giudicato (16). Ma per potersi invocare validamente in una nuova contesa il giudicato è mestieri che questa contesa non solo riguardi la medesima quistione (17), ma anche abbia luogo tra le medesime parti (18) o i loro successori (19); imperocchè i terzi non son legati dalla sentenza (20), tranne soltanto nelle cause di stato *in causis status* (21), ed in alcuni altri casi speciali (22). Un particolare effetto accessorio delle sentenze condannatorie è 1) in alcuni casi, che il convenuto condannato diviene infame (23), nel qual caso l' azione vien detta *actio famosa* (24), ma ciò non interviene mai nelle *condictiones* (25), e 2) in parecchi altri casi, che

(12) L. 25. D. *de statu hom.* (1. 5.) L. 207. D. de R. J. (50. 17.) La conveniente espressione « dritto formale » ha origine da *Moser*, Patriot.Phantas. v.IV. p.113.e seg.

(13) L. 4. L. 6. § 3. L. 27. L. 41. § 2. L. 43. L. 44. L. 61. D. *de re jud.* (42. 1). L. 3. C. *de usur. rei jud.* (7. 54.)

(14) Il *tempus judicati* era originariamente di 30 giorni Gell. XX. 1., più tardi di due mesi L. un. C. Th. *de usur. rei jud.* (4.19.), e secondo la disposizione di Giustiniano di quattro mesi L. 2. L. 3. C. *eod.* (7. 54.)

(15) L. 3. 5. 6. 7. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.)

(16) L. 15. 19. 30. § 1. D. *eod.* L. 40. § 2. D. *de procur.* (3. 3.)

(17) L. 3. L. 5. L. 7. § 4. L. 11. § 2-6. L. 14. § 2. 3. L. 31. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.) L. 93. § 1. D. *de legat.* III. (32.)

(18) L. 3. L. 7. § 4. L. 14. pr. L. 27. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.)

(19) L. 6. § 3. L. 44. D. *de r. j.* (42.1.) L. 9. § 2. L.11. § 3. 7-10. L. 21. § 4. L. 28. D. *de exc. r. j.* (44. 2.) L. 3. § 1. D. *de pignor.* (20. 1.)

(20) L. 1. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.) L. 15. § 2. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 2. C. *quib. res jud. non nocet.* (7. 56.) L. 3. C. *int. alios acta vel jud.* (7. 60.)

(21) L. 63. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 25. D. *de stat. hom.* (1. 25.) L. 1. § 16. L. 2. L. 3. pr. D. *de agnosc. et al. lib.* (25. 3.)

(22) L. 13. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 3. pr. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 63. D. *de re jud.* (4. 21.) L. 17. § 10. 21. D. *de injur.* (47. 10.) L. 3. pr. D. *de popul. act.* (47. 23.)

(23) V. § 17. nota 15.

(24) *Cic.* pro Rosc. Com. c. 6. pro Rosc. Amer. c. 35-40.; *Caj.* IV. 60. 182.; § 2. J. *de poen. tem. lit.* (4. 16.) L. 1. L. 6. § 6. D. *de his qui not. infam.* (3. 2.) L. 42. D. de V. S. (50. 16.) L. 10. C. *depos.* (4. 34.)

(25) L. 36. D. de O. et A. (44. 7.)

bisogna pagare il doppio (26), nella quale pena, secondo una costituzione di Zenone, s' incorre sempre nelle azioni per la restituzione di cose date in fitto o in prestanza, o altramente affidate, allorchè senza una legittima ragione si ricusi di restituirle (27).

6) *Surrogati delle sentenze.*

§ 78. Oltre delle sentenze ci ha ancora parecchi altri mezzi, i quali per somigliante modo possono nelle controversie formalmente stabilire il dritto.

1.° *La transazione*, cioè un contratto sopra pretensioni e dritti incerti o indeterminati, mediante il quale per rimuovere l' incertezza si accetta qualche cosa determinata (1); questa convenzione sebbene non esclusivamente (2), pure più di frequente s' incontra negli affari pe' quali si è mossa lite (3), ma allora presuppone che non vi sia ancora intervenuto un giudicato e non sia stata rimossa per tal modo l' incertezza (4). Quel che si è stabilito nella transazione, pei contraenti e loro successori ma non già pei terzi (5) ha in generale la stessa forza che se fosse stato giudizialmente deciso (6), e però la posteriore scoverta dell'errore o lo schiarimento dell' incertezza non ha potere di alterarne il contenuto (7). Nondimeno la transazione è nulla in fat-

(26) V. § 61. nota 5.

(27) L. 10. C. *unde vi* (8. 4.)

(1) L. 1. D. *de transact.* (2. 15.); *Noodt.* de pact. et transact. in Oper. t. I. p.421. seg.; *Benthe* Saggi di una spiegaz. sistem. della dottrina delle transazioni. Rostock e Lipsia 1789. 8.; *Redlich de transact.* Lips. 1824. 4.

(2) L. 8. D. *eod.* L. 8. C. *eod.* (2. 4.)

(3) Ma che i Romani anche ne' procedimenti di accusa ne' delitti capitali avessero riconosciuto la transazione tra l' accusatore e l' accusato, come una specie di discarico del delitto, ha potuto essere un malinteso della L. 18. C. h. t. Solamente la transazione non era punita in tal caso, come in altri minori delitti avveniva L. 7. D. *de praevaric.* (47.15.) L. 1. D. *de bon. eor. qui ante sent.* (48.21.) L. 10. C. ad L. Jul. de adult. (9. 9.); ma poteva subentrare un' altro accusatore.

(4) L. 7. pr. L. 11. D. *de transact.* (2. 15.) L. 32. C. *eod.* (2. 4.) L. 23. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.); *Thibaut* nell' *Archiv.* per la prat. civ. vol. VIII, No. 2.

(5) L. 3. pr. § 2. D. *de transact.* (2. 15.) L. 29. § 2. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 1. L. 15. C. *de trans.* (2. 4.) L. 14. L. 17. D. *eod.*

(6) L. 20. L. 17. L. 5. L. 2. C. *eod.* L. 16. D. *eod.*

(7) L. 12. D. *eod.* L. 36. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 78. § 16. D. ad Sct. Treb. (36. 1.) L. 2. L. 29. C. *de trans.* (2. 4.) L. un. C. *de errore calculi* (2. 5.) L. 6. C. *de jur. et facti ign.* (1. 18.)

to di pretensioni manifestamente calunniose (8); ed ancora può essere impugnata per cagione di violenza o dolo (9).

2.° *Il compromesso*, pel quale intendesi la convenzione di far decidere una controversia da arbitri scelti dalle parti, *arbitri compromissarii* (10). Ordinariamente interviene in tal convenzione una scambievole promessa di una pena pecuniaria pel caso che non si voglia stare alla decisione; questa pena addomandasi *compromissa pecunia* (11), e ciò ha dato occasione al nome della stessa convenzione. Prima di Giustiniano il vincitore, quando l'avversario non voleva sottoporsi alla decisione pronunziata dagli arbitri, non poteva pretender altro che il pagamento della pena (12); ma Giustiniano dispose che chi sottoscrivesse la decisione, o fra dieci giorni non protestasse contro la medesima fosse obbligato non altramente che per una sentenza giudiziale passata in giudicato, cosicchè l'attore vittorioso potesse sul fondamento della medesima intentare anche l'*actio rei judicatae* innanzi al giudice ordinario (13). Ma la decisione non dee contener nulla d' illecito (14), non dee oltrepassare i limiti del compromesso (15), dee seguire nel tempo stabilito (16), non deve esser fondata sopra una manifesta parzialità dolosa (17), debb'essere ordinatamente pubblicata alle parti (18), e renduta con la debita procedura. In quest'ultimo rapporto valgono i principi della procedura (19), salvochè le parti non abbiano convenuto di deviarne in qualche punto (20). Se sieno scelti più arbitri che non possano pronunziare se non uniti (21), la maggioranza de' voti decide (22), ed in caso di parità debbono nominare un terzo arbitro,

(8) L. 65. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(9) L. 4. L. 13. L. 19. C. *de trans.* (2. 4.) L. 5. C. *de dolo* (2. 21.) L. 7. C. ad L. Corn. *de fals.* (9. 22.)

(10) L. 1. L. 13. § 1. 2. L. 21. § 6. L. 43. D. *de recept.* (4. 8.) L. 5. § 2. C. *eod.* (2. 56.); *Jaspis Diss. de arbitris* Lips. 1821. 8.

(11) L. 3. § 2. L. 11. § 1-5. D. *eod.* L. 2. C. *eod.* (2. 56.)

(12) L. 2. D. *eod.*; Pauli S. R. V. 5. A. § 1.

(13) L. 4. § 6. L. 5. pr. C. *eod.*

(14) L. 21. § 7. D. *eod.*

(15) L. 32. § 15. 17. D. *eod.*

(16) L. 21. § 5. L. 25. § 1. L. 32. § 21. L. 33. L. 50. D. *eod.*

(17) L. 31. L. 32. § 14. D. *eod.* L. 3. C. *eod.*

(18) L. 27. § 4. 5. L. 49. pr. D. *eod.*

(19) L. 1. L. 13. § 2. 3. D. *eod.*

(20) L. 7. § 1. D. *eod.* L. 20. C. *de test.* (4. 20.)

(21) L. 17. § 2. 7. L. 18. D. *de recept.* (4. 8.)

(22) L. 17. § 7. L. 18. L. 27. § 3. D. *eod.*

quando non sia già stato precedentemente scelto dalle parti, e questi allora risolve la parità (23). Contro una sentenza degli arbitri non vi è luogo ad appello (24), e tanto meno può lo stesso arbitro mutare la sua decisione (25). Una prima disposizione di Giustiniano prescrivea che ne' compromessi giurati la sentenza degli arbitri dovesse aver sempre la forza di una sentenza passata in giudicato (26), ma posteriormente ei medesimo la abrogò (27).

3.° *La confessione giudiziale confessio in jure*. Ciò che nel procedimento civile una parte riconosce a suo danno innanzi alla giustizia si ritiene per vero (28), in quanto però possa esser vero (29), e non abbia per cagione un errore di fatto (30), che nondimeno non si può allegare se non fra tre giorni (31). Non solo la confessione supplisce la pruova di ciò che è confessato, cosicchè si può in seguito sentenziare (32), ma quando si è pienamente confessato il dritto che si pretende, la confessione vale anche per una condanna, *confessus pro judicato habetur*, il che espressamente aveano stabilito le leggi delle XII Tavole (33), e di poi con un senato consulto sotto Marc-Aurelio fu confermato, non permettendosi alcun mezzo di impugnare una siffatta confessione (34); e quindi l'attore ottiene immediatamente per l'esecuzione (35) un'*ac-*

(23) L. 17. § 5. 6. D. *eod.* L'ultima clausola del § 6. emenda il § 5. dal quale comunemente si deduce che il terzo arbitro si debba assolutamente nominar da principio.

(24) L. 1. C. *eod.*

(25) L. 19. § 2. L. 20. D. *eod.*

(26) L. 4. C. *eod.*

(27) Nov. 82. c. 11.

(28) L. 1. L. 3-6. D. *de confess.* (42. 2.); Paul. S. R.V. 5. A. § 5.

(29) L. 8. D. *eod.* L. 23. § 11. L. 24. L. 25. pr. D. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 18. pr. L. 14. § 1. D. *interrog. in jure* (11. 1.)

(30) L. 2. L. 7. D. *de confess.* (42. 2.) L. 7. C. *de jur. et facti ign.* (1. 18.) L. 11. § 10-12. D. *de interrog. in jure* (11. 1.)

(31) L. 3. C. *de err. advoc.* (2. 10.)

(32) L. 3. D. *de confess.* (42. 2.)

(33) *Gell.* XX. 1.; Lex de Gall. Cisalp. c. 21. 22.)

(34) L. 56. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 1. L. 6. pr. §. 2. D. *de confess.* (42. 2.) L. un. C. eod. (7. 59.). Ciò che comunemente si ammette che il principio «*confessus pro judicato habetur*» sia valuto solamente quando la confessione siasi fatta non già la prima volta in *judicio*, ma precedentemente in *jure* innanzi al pretore, è inconciliabile con la regola «*omnia judicia absolutoria sunt*» (§ 77. No. 6.).

(35) L. 23. § 11. L. 25. § 1. 2. L. 26. D. ad Aquil. (9.2.). Non si oppone Paul. S. R. II. 1. § 5. quando si confronti con *Caj.* III. 180. Di altra opinione è *Goschen* Dritto civile § 175.

tio confessoria, che è in perfetta analogia con l' *actio rei judicatae* (36).

4.° *Il giuramento decisorio* (37). In quanto al giuramento dal giudice ordinato il suo risultato debb' esser pronunziato in una sentenza, alla quale si applicano i principii ordinarii sopra le sentenze (38). Ma in quanto al deferimento o riferimento del giuramento, che si ritiene come una specie di transazione (39), secondo il menzionato senatoconsulto promulgato sotto Marc-Aurelio il giuramento prestato o ricusato sta perfettamente in luogo di una sentenza (40), e con questo effetto di più che non si ammette nè appello nè altro qualsiasi modo d' impugnazione (41). Laonde l' *actio* o *exceptio jurisjurandi* è analoga all' *actio* o *exceptio rei judicatae* (42). Nel caso che il giuramento sia stragiudizialmente deferito, la prestazione del medesimo ha parimenti questo effetto (43), ma al contrario il rifiuto di prestarlo qui non produce alcuna conseguenza (44). Se il giuramento accettato venga rimesso da colui che lo ha deferito contentandosi della volontà già manifestata di giurare, si ritiene come se si fosse giurato (45).

7) *Dell' interrogatorio* interrogatio in jure.

§ 79. Per ottenere da altri delle dichiarazioni e spiegazioni che spontaneamente non si darebbero può in molti casi alcuno rivolgersi al giudice e far proporre per suo mezzo all'avversario le domande opportune perchè egli vi risponda, ed in ciò è indifferente se propriamente il giudice o quello stesso che interroga faccia le domande (1).

(36) L. 6. § 2. 6. D. *de conf.* (42. 2.); Lex de Gall. Cisalp. c. 22.; *Paul* S. R. V. 5. A. § 3. 4.

(37) V. sopra § 75. Nota 23-26.

(38) L. 31. D. *de jurejur.* (12. 2.).

(39) L. 2. L. 31. D. *eod.*

(40) L. 56. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 5. § 2. L. 38. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 8. L. 9. C. *de reb. cred. et jurejur.* (4. 1.)

(41) L. 2. L. 31. D. *eod.* L. 1. C. *eod.*

(42) § 11. J. *de act.* (4. 6.) § 4. J. *de exc.* (4. 13.) L. 7-12. L. 25. L. 28. § 4. 10. L. 29. L. 39. L. 40. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.) L. 1. § 2. 3. L. 2. pr. D. *quar. rer. act. non dat.* (44. 5.) L. 8. C. *de reb. cred.* (4. 1.)

(43) L. 28. § 10. D. *de jur.* (12. 2.)

(44) L. 5. § 4. D. *eod.*

(45) L. 5. § 4. L. 6. L. 32. D. *eod.* L. 1. L. 8. C. *eod.*

(1) L. 9. § 1. D. *de inter. in jur. fac.* (11. 1.)

Il dritto a questa interrogazione giudiziale introdotto nell' editto del pretore(2) ha sempre luogo quando da ignote circostanze di fatto, come di successione, di possesso e di proprietà da parte dell'interrogato dipende il decidere se ed in quanto alcuno abbia delle pretensioni contro di lui (3), o sia obbligato al medesimo (4). Non pertanto il giudice il quale è tenuto di esaminare la ragione dell' interrogatorio (5) può ammetterlo anche in altre congiunture quando il giudichi opportuno (6). Sulla richiesta dell' interrogato gli si dee concedere uno spazio conveniente di tempo per riflettere sulle cose a cui dee rispondere(7); e può anche al tutto evitare una precisa dichiarazione, quando le circostanze, sulle quali è interrogato, sieno senza sua colpa effettivamente ancora incerte (8); ma se in altro caso egli non faccia la sua dichiarazione, il suo silenzio viene interpetrato come se avesse data una risposta favorevole all' interrogante (9). Per contrario se egli fa la sua dichiarazione, allora l' interrogante, ma solo l'interrogante e non già un terzo (10) ha la facoltà di valersi di una dichiarazione quando a lui sia favorevole e di tenerla per vera come una confessione giudiziale (11) nel rapporto con l'interrogato (12), in quanto però essa possa esser vera (13), e non abbia avuto origine da un probabile errore(14), ma se la risposta sia contraria al suo interesse egli non è impedito dal fornir la pruova della sua inesattezza (15). Le azioni che son dirette contro alcuno sul fondamento di una dichiarazione o data o ricusata da lui (il che però non gl' impedisce di allegare in contrario del-

(2) L. 2-4. D. *eod.*

(3) L. 1. pr. L. 2. L. 5. L. 7. L. S. L. 9. § 7. L. 10. L. 11. § 1-3. L. 20. § 1. D. *eod.* L. 1. § 2-4. D. *de insp. ventre* (25. 4.)

(4) L. 20. § 2. D. *de int. in jure* (11. 1.)

(5) L. 9. § 6. D. *eod.*

(6) L. 21. D. *eod.*

(7) L. 5. L. 6. pr. D. *eod.* L. 1. § 1 2. L. 2. L. 3. D. *de jure delib.* (28 8.)

(8) L. 6. § 1. D. *de int. in jure* (11. 1.)

(9) L. 11. § 4. 5. 7. D. *eod.* L. 22. § 14. C. *de jure delib.* (6. 30). In certe circostanze possono anche adoperarsi de' mezzi coercitivi per ottenere una dichiarazione L. 1. § 3. D. *de insp. ventre* (25. 4.)

(10) L. 22. D. *de interr. in j.* (11. 7.)

(11) L. 9. § 4. L. 18. pr. L. 20. pr. D. *eod.*

(12) L. 5. L. 7. L. 8. L. 10. L. 11. § 1. 2. 3. 9. L. 12. D. *eod.*

(13) L. 13. L. 14. L. 16. § 1. D. *eod.*

(14) L. 11. § 8. 10. 11. 12. D. *eod.*

(15) L. 11. § 7. L. 17. L. 18. D. *eod.*

le altre eccezioni) (16) son dette *actiones interrogatoriae* (17). Nel dritto più recente de'Romani era già divenuto raro il chiedere una *interrogatio in jure*; imperocchè lo scopo della medesima per lo più si conseguiva anche con intentar l'azione e col metter per tal modo l'avversario nella necessità di spiegarsi sopra le ragioni ed il fondamento della medesima (18).

CAPITOLO SESTO

DELLA RESTITUZIONE IN INTERO (*)

I. NOZIONE E CONDIZIONI.

§ 80. Per rimediare alla frequente contrarietà che s' incontra tra il dritto e l'equità è dato ai tribunali il dritto speciale di annullare per ragioni di equità uno stato o una relazione giuridica esistente e formalmente valida ma dannosa per alcuno, cosicchè sia rimesso lo stato precedente, o almeno si presti in cambio la debita indennità. Questo rimedio straordinario contro la lesione vien chiamato restituzione nello stato primiero o in intero, *in integrum restitutio* s. *integri restitutio* (1). Esso secondo la sua prima origine appartiene a quei mezzi di correzione che i pretori introdussero ne' loro editti per moderare la semplicità dell'antico dritto, che non di rado degenerava in durezza ed ingiustizia (2), e l'autore ne fu un pretore a nome Publicio, probabilmente nel sesto secolo di Roma (3), il quale fu il primo a promettere la restituzione, quantunque solo in un certo determinato rapporto (4). Intanto per lungo tempo la facoltà di restituire appartenne e-

(16) L. 12. § 1. D. *eod.*
(17) L. 22. D. *eod.*
(18) L. 1. § 1. D. *eod.*
(*) *Sfortiae Oddi Tract. de rest. in integr.* Venet. 1584. fol. Francoforte 1762. fol. La mia teorica della rest. nello stato primiero Goett. 1831. 8.
(1) *Pauli* S. R. I. 7. § 1-4. *Isid.* Orig. V. 25. L. 1. D. *de in int. rest.* (4. 1.)
(2) L. 6. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 35. § 1. D. de O. et A. (44. 7.)
(3) Imperocchè Terenzio morto l'anno di R. 594. già conosce la restituzione per cagione di assenza. *Terent.* Phorm. II. 4. v. 9. seg., e non s'incontra alcun pretore per nome Publicio prima di L. Publicio Malleolo anno di R. 516. e M. Publicio Malleolo anno di R. 519. che Festo p. *Publicius clivus* chiama fratelli. Confr. *Pighii* Annales negli anni citati.
(4) § 3-5. J. *de act.* (4.6.); Theoph. ad h. l.; La mia teorica della rest. nello stato prim. p. 153. seg.

esclusivamente ai magistrati che aveano l'*imperium* (5), ma nel tempo più recente dell'impero questa facoltà fu riguardata come una derivazione della giurisdizione (6), e Giustiniano la concedè eziandio ai *judices pedanei* nominati dall'imperadore medesimo, o dagli uffiziali superiori dello Stato (7). Ma la restituzione nello stato primiero non può seguire se non quando sia richiesta, e le condizioni materiali della medesima sono le seguenti:

1.° Un danno da allontanarsi mediante la restituzione (8), il quale però non è necessario nè che riguardi il patrimonio (9), nè che sia una perdita positiva (10).

2.° Una ragione di equità riconosciuta dalla legge come efficace a fare allontanare il danno patito, giacchè quel che si debba sotto un tal rapporto riguardare come una cagione sufficiente di restituzione non è lasciato alla estimazione del giudice, ma è dalla legge determinato (11), specialmente dall'editto del pretore, in cui già si trova la maggior parte delle cause di restituzione (12). Alcune di siffatte cause di restituzione si applicano per verità solo in certi determinati casi (13), ma le altre sono applicabili in tutti gli avvenimenti per cui i dritti, le relazioni giuridiche, e le obbligazioni si sieno estinte, alterate, o validamente formate (14). Solo è mestieri che l'avvenimento da togliersi di mezzo immediatamente e per se stesso porti il danno, ed ancora è mestieri che il danneggiato non abbia per sua propria colpa dato occasione al danno (15), e che non sia *ipso jure munitus*, cioè

(5) L. 26. D. *ad munic.* (50. 1.)

(6) L. 1. C. *de off. praet.* (1. 39.) L. 1. C. *si minor. se maj. dix.* (2. 43.) L. 3. C. *ubi et ap. quem.* (2. 47.) L. 2. C. *de rest. mil.* (2. 51.)

(7) L. 3. C. *ubi et ap. quem* (2. 47.)

(8) L. 1. D. *de in int. rest.* (4. 1.) L. 3. § 6. L. 6. L. 7. § 3. L. 9. L. 11. § 3. L. 24. § 1. L. 44. L. 49. D. *de minor.* (4. 4.) L. 18. L. 46. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 9. § 4. D. *de jurej.* (12. 2.) L. 57. § 1. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 14. C. *de proc.* (2. 13.) L. 5. pr. C. *de in int. rest. min.* (2. 22.) L. un. C. *si adv. dot.* 2. 34.) L. 1. C. *de temp. in int. rest.* (2. 53.)

(9) L. 3. § 6. L. 6. L. 34. § 1. L. 35. D. *de min.* (4. 4.) L. 41. D. *de recept.* (4. 8.) L. 2. C. *si adv. rem. jud.* (2. 27.) L. 8. C. *quando appell. non est nec.* (7. 67.)

(10) L. 7. § 6. D. *de min.* (4. 4.) L. 27. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.)

(11) *Pauli* S. R. I. 7. § 2.; L. 1. L. 2. D. *de in int. rest.* (4. 1.) L. 7. § 1. D. *de distr. pign.* (20. 5.) L. 3. C. *de acceptil.* (8. 44.) L. 5. C. *de rest. mil.* (2. 51.)

(12) V. §§ 88, e 89.

(13) L. 7. pr. D. *de min.* (4. 4.) La mia teorica § 9.

(14) L. 11. § 2. 4. 5. D. *eod.*

(15) L. 15. § 3. L. 16. L. 26. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 2. § 4. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 2. C. *de inst. et subst.* (6. 25).

che non abbia già un mezzo da evitare il danno per effetto di principi di dritto che si possano far valere senza ricorrere alla restituzione (16). Oltre a ciò vi sono anche delle positive limitazioni della restituzione:

1.° In forza di speciali eccezioni che escludono la sua ammisibilità, delle quali s' incontrano non poche (17), segnatamente 1) quando la medesima restituzione vien richiesta per la seconda volta dopochè una volta fu rigettata (18), o conceduta rimase senza profitto (19), 2) nelle liberazioni e sentenze in favore della libertà (20), 3) negli atti in cui alcuno si è comportato dolosamente (21), 4) ne' giudizi penali (22), 5) quando le azioni penali sono in qualsivoglia modo estinte (23), etc.

2.° Per la prescrizione, la quale secondo l'Editto pretorio si compie in un *annus utilis* (24), al quale però Giustiniano mosso in parte da alcune eccezioni introdotte da Costantino (25) sostituì quattro anni ordinari, *quadriennium continuum* (26). Ordinariamente questa prescrizione comincia a correre immediatamente dalla lesione; ma in molti casi solo da un punto di tempo posteriore (27), cosicchè mediatamente può avvenire che si richiegga uno spazio di tempo molto più lungo prima che la restituzione resti prescritta.

(16) L. 16. D. *de min.* (4. 4.) La mia teorica p. 100. seg.

(17) La mia teorica § 10. e 15.

(18) L. 1-3. C. *si saepius in int. rest. post.* (2. 44.)

(19) L. 3. C. eod.; *Pauli* S. R. I. 7. § 3.

(20) L. 7. pr. § 1. 8. L. 24. D. *de dolo* (4. 3.) L 9. § 6. L. 10. L. 11. L. 31. L. 48. § 1. D. *de min.* (4. 4.) L. 8. § 17. D. *de inoff. test.* (5.2.) L. 9. D. *de appell.* (49. 1.) L. 4. C. *de dolo* (2. 21.) L. 1-4. C. *si adv. lib.* (2. 31.)

(21) L. 9. § 2. 5. D. *de min.* (4. 4.) L. 26. § 6. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 2. L. 3. C. *si min. se maj. dix.* (2. 43.) L. 1. C. *qui et adv. quos* (2. 42.)

(22) L. 1. § 9. 10. D. *de postul.* (3. 1.) L. 37. § 1. D. *de min.* (4. 4.) L. 45. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 27. pr. D. *de poen.* (48. 19.)

(23) L. 37. pr. § 1. D. *de min.* (4. 4.) L 18. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 7. § 1. D. *de injur.* (47. 10.)

(24) L. 14. § 1. D. *quod m. causa* (4. 2.) L. 19. L. 39. pr. D. *de min.* (4. 4.) L. 1. § 1. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 6 D. *de alien. jud. mut. causa* (4.7.) L. 54. D. *de judic.* (5. 1.) L. 66. pr.D. *de ritu nupt.* (23.2.) L.28. § 3. D. *de lib. et posth.* (28. 2.(L. 1. pr. L. 6. § 14. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.) L. 35. pr. D. de O. et A. (44. 7.) L. 8. C. *de dolo* (2. 21.) L. 1. L. 2. C. *de rest. mil.* (2.51. L. 6. C. *de interd. matrim.* (5. 6.); Lex Rom.-Burgund. tit. 38.

(25) L. 5. C. *de temp. in int. rest.* (2. 53.) L. un. C. Th. *de dolo* (2. 15.) L. 8. C. *eod.* (2. 21.) L. 2. C. Th. *de dilat.* (2. 7.) L. 6. C. *de temp. in int. rest.* (2.53.) L. 2. C. Th. *de integri rest.* (2. 16.)

(26) L. 7. C. *de temp. in int. rest.* (2. 53.)

(27) V. § 84. Nota 14. e § 85. Nota 8.

II. PARTI NELLA RESTITUZIONE.

§ 81. La facoltà di farsi restituire nello stato primiero vien riguardata in generale come un dritto di azione e segnatamente come una *actio in personam*.

1.° In conseguenza per legge hanno il dritto di richiedere la restituzione soltanto 1) la persona medesima che è stata lesa e 2) i suoi eredi (1), od altri successori universali (2). Nondimeno il dritto può come un' azione esser ceduto (3); ed ancora son sempre ammessi i procuratori (4), anzi per un minore può il padre di lui chieder la restituzione, ancorachè senza mandato (5).

2.° Dall'altro canto la domanda può dirigersi soltanto contro colui che immediatamente ha tratto profitto dall'avvenimento dannoso (6), ma agendosi contro costui non si ha riguardo se egli tuttora possegga o no l' oggetto della restituzione (7), appunto come avviene nelle *actiones in personam*. Lo stesso è per gli eredi del medesimo (8), ma contro altre persone per regola non ha luogo alcuna restituzione. Intanto per eccezione la restituzione si può far valere anche contro i terzi che sieno nello stato di far riavere al danneggiato ciò che gli appartiene, *qui habent restituendi facultatem*, e spezialmente quando non si possa ottener nulla da colui che è propriamente tenuto, e questa dicesi *restitutio in rem* (9), ma in questo caso siccome la domanda di

(1) L. 6. D. *de in int. rest.* (4. 1.) L. 18. § 5. L. 19. L. 24. § 2. D. *de min.* (4. 4.) L. 38. § 6. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 95. § 3. D. *de solut.* (46.3.) L. un. C. *si adv. dot.* (2. 34.) L. 1. C. *de rest. mil.* (2.51.) L. 2. L. 4. L. 5. C. *de temp. in int. rest.* (2. 53.) Nov. 100. c. 2.

(2) L. 6. D. *de in int. rest.* (4. 1.) L. 3. § 9. D. *de min.* (4. 4.) L. 4. § 6. L. 5. C. *de alien. jud. mut. causa* (4. 7.) L. 19. § 5. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 128. § 1. D. de R. J. (50. 17.)

(3) L. 24. pr. D. *de min.* (4. 4.) L. 25. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 20. § 1. D. *de tut. act.* (27. 3.)

(4) L. 20. pr. D. *de min.* (4. 4.) L. un. C. *etiam per procur.* (2. 49.)

(5) L. 27. pr. D. *de minor.* (4. 4.)

(6) L. 9. pr. L. 13. L. 14. L. 29. § 2. D. *eod.* L. 23. § 3. L. 30. § 1. L. 40. § 1. D. *ex quib. caus. maj.* (4.6) L. 3. C. *de his quae vi* (2. 20.) L. 10. C. *de rescind. vend.* (4. 44.) Nov. 119. c. 6.

(7) L. 48. § 1. D. *de min.* (4. 4.) L. 30. § 1. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.)

(8) L. 14. D. *de min.* (4. 4.) L. 78. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 6. L. 7. C. *de in int. rest. min.* (2. 22.)

(9) L. 9. pr. L. 13. § 1. L. 14. D. *de min.* (4. 4.) L. 17. pr. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 18. D. *de interr. in jure fac.* (11. 1.) L. 39. D. *de evict.* (21.2.) L. 3. C. *de his quae vi* (2. 20.) L. 3. C. *si adv. fisc.* (2. 37.) L. 3. L. 6. C. *de rest. mil.* (2. 51.) L. 2. C. *de uxor. mil.* (2. 52.)

restituzione prende la natura di un' *actio in rem*, così si ammette la *exceptio longi temporis* (10). Alle particolari limitazioni della restituzione si appartiene che la medesima non possa mai chiedersi contro gli ascendenti o patroni (11), salvo quando precisamente a causa della relazione di dipendenza taluno sia stato leso (12), o quando i genitori amministrino la tutela de' loro figliuoli (13).

III. PROCEDURA.

§ 82. Nell'editto pretorio per molti casi son date delle ordinarie azioni con le quali si può domandare la restituzione nello stato primiero, ovvero in sua vece il risarcimento del danno. Queste azioni che si possono convenevolmente indicare come azioni restitutorie pretorie son tutte *actiones arbitrariae*, ed in esse per certo avea luogo l'ordinaria procedura. Ma per regola il giudizio sulla restituzione apparteneva alla *extraordinaria cognitio praetoris* (1), e ne'fonti per la *in integrum restitutio* s'intende principalmente la restituzione che si da per questa via, tantochè alla medesima spesso si trovano contrapposte le azioni restitutorie (2). Ancora i casi della seconda specie differiscono praticamente dai primi per questo, che ne' primi non si ha, come nelle azioni restitutorie, un dritto perfetto alla restituzione in intero, ma il giudice ha la facoltà di negarla quando a lui sembri o la lesione troppo leggiera, o il ristabilimento dello stato primiero troppo grave e rovinoso per l'avversario (3). Per la procedura in fatto di restituzione non è prescritta alcuna forma speciale (4). Solo è indispensabi-

(10) L. 3. C. *de his quae vi* (2. 20.) V. § 86. nota 27.

(11) L. 2. C. *qui et adv. quos* (2. 42.)

(12) L. 3 § 6. D. *de min.* (4. 4.) L. 6. § 1. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 1. § 2. D. ad Sct. Maced. (14. 6.) L. 9. pr. C. Th. *de bon. damn.* (9. 42.) L. 2. C. *si adv. rem. jud.* (2. 27.)

(13) Nov. 155. prooem. c. 1.

(1) L. 2. § 1. D. *si ex nox. causa ag.* (2. 9.) L. 3. D. *de in int. rest.* (4. 1.) L. 11. § 3. L. 13 § 1. L. 24. § 5. L. 39. pr. L. 44. D. *de minor.* (4. 4.) L. 9. § 4. D. *de jurej.* (12. 2.) L. 39. pr. D. *de evict.* (21. 2.)

(2) p. es. nella L. 7. § 1. D. *de in int. rest.* (4. 1.) L. 1. § 6. D. *de dolo* (4.3.).

(3) L. 4. L. 7. pr. D. *de in int. rest.* (4. 1.) L. 24. § 1. 2. 5. D. *de min.* (4. 4.) L. 15. § 3. L. 16. D. *ex quib. caus. maj.* (4.6.) L. 11. § 1. *D. de instit. act.* (14. 3.). La mia teorica della rest. § 3. In alcune azioni restitutorie per verità può mediatamente aver luogo qualche cosa di somigliante fondata su ciò che sia riserbata al pretore la *cognitio causae* intorno all' ammissibilità dell' azione, p. es. nell' *actio de dolo* L.1. § 1. L. 9. § 5. L. 13. § 1. D. *de dolo* (4. 3.)

(4) L' espressione « solemniter postulare restitutionem » L.2. *C. si adv.cred.* (2.38) non vuol significar altro se non che si dovea richiedere secondo il rito.

le 1) che l'avversario sia inteso sulla domanda (5), il perchè anche qui dee aver luogo la contestazione di lite (6), e 2) che il richiedente dimostri le condizioni necessarie della restituzione, tanto la lesione (7), quanto la ragione della restituzione (8). Amendue le parti possono appellare contro la decisione (9), fino alla quale le cose che formano l'oggetto della restituzione debbono rimanere nello *statu quo* (10). Ma la restituzione si può concedere in due modi, o semplicemente o sotto condizione. Vale a dire:

1.° Il giudice può esaminare la lesione ed il fondamento della restituzione e quindi ordinar definitivamente la restituzione nello stato primiero, che in questo caso vien detta *restitutio cognitione praetoria* (11).

2.° Ma quando si domanda la restituzione contro la perdita di azioni, eccezioni ed altri mezzi giuridici, o dritti dai quali questi mezzi derivano, e quindi la lesione dipende dal vedere se realmente l'implorante abbia avuto i dritti o mezzi giuridici che egli pretende aver perduti, il giudice può limitarsi solo all'esame del fondamento della restituzione, e quando questo si trovi giustificato, può dare all'implorante la facoltà di valersi di nuovo delle pretese azioni, eccezioni, etc.: in tal caso l'effetto definitivo della restituzione dipende dalla condizione che nell'ulteriore giudizio, in cui si farà uso del mezzo giuridico restituito sia provato il fondamento del medesimo, e per questo mezzo resti provata la lesione. Siffatta maniera di restituzione viene espressa in questi

(5) L. 13. pr. L. 29. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) L. un. C. *si adv. dotem* (2. 34.) L. 2. *C. si adv. fiscum.* (2. 37.) L. 1. C. *de praed. et al. reb. min.* (5. 71.); Nov. 119. c. 6. *Consult. vet. Icti.* II. 1.

(6) L. 20. § 1. D. *de min.* (4. 4.) L. 6. C. *de in int. rest. minor.* (2. 22.)

(7) L. 7. § 3. 8. L. 11. § 3. L. 35. L. 44. D. *de minor.* (4.4.) L. 9. § 4. D. *de jurej.* (12. 2.) L. 5. pr. C. *de in int. rest. min.* (2. 22.) L. 1. C. *si adv. vend. pign.* (2. 29.) L. 2. C. *de praed. et al. reb. min.* (5. 71.)

(8) L. 3. D. *de integr. rest.* (4. 1.) L. 23. pr. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 39. pr. L. 43. D. *de min.* (4. 4.) L. 18. § 1. L. 19. § 1. D. *de prob.* (22. 3.) L. 1. C. *de off. praet.* (1. 39.) L. 7. C. *de his quae vi* (2.20.) L. 6. C. *de dolo* (2. 21.) L.4. C. *de in int. rest. min.* (2. 22.) L. 1. L. 3. L. 4. C. *si min. se maj. dix.* (2. 43.) L. 9. C *de prob.* (4. 19.)

(9) L. un. C. *in int. rest. post. ne quid novi fiat* (2. 50.) L. 32. C. *de transact.* (2. 4.)

(10) L. 38. pr. L. 39. pr. D. *de minor.* (4. 4.) L. 1. C. *si saepius* (2. 44.) L. 1. C. *si adv. cred.* (2. 38.)

(11) L. 13. § 1. D. *de min.* (4. 4.) L. 39. pr. D. *de evict.* (21.2.) L. 8. D. *de in int. rest.* (4. 1.)

termini: *rescissa usucapione, alienatione, sententia* etc. *datur actio vel exceptio, vel appellatio*, o più generalmente *rescisso quod gestum est datur judicium* (12). Le azioni che si danno a questa guisa per rispetto all'autore della restituzione son dette *actiones Publicianae* (13), ed annoverate tra le *actiones utiles* (14). Ma in generale le azioni o mezzi giuridici per tal modo restituiti si addimandano *judicia rescissoria* s. *restitutoria* (15), il che ha dato occasione che il giudizio stesso di restituzione fu chiamato *judicium rescindens*.

IV. EFFETTI.

§ 83. L'effetto generale della restituzione conceduta è che la persona lesa ricupera i suoi primi dritti, che l'avvenimento poscia annullato avea fatto perdere, ed è liberato dalle obbligazioni, a cui il medesimo avvenimento lo avea assoggettato (1), e questo effetto si estende eziandio ai dritti accessori annessi al dritto perduto (2). In conseguenza di ciò nella restituzione semplice l'avversario è tenuto a rendere (3) tutto ciò che per quell'avvenimento ha ottenuto o conservato, e quando ciò non può, dee darne il valore (4). Insiem con la cosa principale egli dee parimente restituire le sue pertinenze ed i frutti

(12) § 5. J. *de act.* (4. 6.) L. 2. § 1. D. *si ex nox. caus. ag.* (2. 9.) L. 9. § 4. D. *quod. met. causa* (4. 2.) L. 13. § 1. D. *de min.* (4. 4.) L. 18. D. *de interr. in jure fac.* (11. 1.) L. 32. § 5. D. ad Sct. Vellej. (16. 1.) L. 35. pr. D. de O. et A. (44. 7.) L. 3. C. *de rest. mil.* (2. 51.); *Caj.* III. 84. IV. 38.

(13) L. 57. D. *mandati* (17. 1.) L. 35. pr. D. de O. et A. (44. 7.) § 4. 5. J. *de act.* (4. 6.); *Brisson* de V. S. voce *Publiciana actio*.

(14) L. 21. § 6. D. *quod m. causa* (4. 2.) L. 7. § 10. L. 25. D. *de min.* (4. 4.) L. 20. L. 28. § 4. 5. L. 43. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 9. § 4. D. *de jurej.* (12. 2.) L. 47. § 3. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 20. pr. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 3. § 30. D. ad Sct. Silan. (29. 5.) L. 10. § 10. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.) L. 41. pr. L. 48. § 1. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 5. C. *ex quib. caus. maj.* (2. 54.) L. 24. C. *de rei vind.* (3. 32.); *Caj.* IV. 38.

(15) L. 28. § 5. 6. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 46. § 3. D. *de procur.* (3. 3.) L. 24. C. *de rei vind.* (3. 32.) L. 18 C. *de postlim.* (8. 51.) Nov. 155. c. 1.)

(1) L. 24. § 4. D. *de min.* (4. 4.) L. 87. §. 1. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 17. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 1. § 2. D. *de collat.* (37. 6.) L. 1. § 10. D. *de postul.* (3. 1.)

(2) L. 27. § 2. D. *de min.* (4. 4.)

(3) L. 24. § 4. L. 27. § 1. L. 40. § 1. D. *de min.* (4. 4) L. 23. § 2. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 32. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 22. L. 75. D. de V. S. (50. 16.) L. 1. C. *de fide et jure hastae fisc.* (10. 3.)

(4) L. 48. § 1. D. *de min.* (4. 4.) L. 30. § 1. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.)

raccolti, come pure il ristoro dei danni (5), in quanto anche questi sieno compresi nel giudizio (6); ma non deve gl' interessi moratorii di un debito ristabilito se non quando la causa della restituzione sta nella sua condotta ed a lui è imputabile (7). Ma del pari anche per l' avversario, salvo poche eccezioni (8), vien ristabilito lo stato primiero delle cose (9), il perchè quegli che ha ottenuto la restituzione dee parimente rendere tutto ciò che avea conseguito (10), ed anche con le pertinenze ed i frutti (11), come pure il ristoro de' danni (12). Le spese fatte a cagione delle cose rendute debbono bonificarsi dall'una parte e dall'altra (13). Pei terzi che non han fatto parte nel giudizio di restituzione, generalmente la restituzione come decisione giudiziale non ha alcun effetto, non giova loro (14), ma non nuoce neppure (15). Ma questo principio patisce alcune eccezioni (16), tra le quali le più im-

(5) L. 24. § 4. L. 27. § 1. L. 40. § 1. D. *de min.* (4. 4.) L. 28. § 6. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 38. § 4. 6. D. *de usur.* (22. 1.) L. 10. § 20. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.) L. 22. L. 35. L. 75. L. 81. D. de V. S. (50. 16.)

(6) L. 67. § 4. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(7) L. 17. § 3. L. 38. § 6. D. *de usur.* (22. 1.)

(8) L. 31. D. *de min.* (4. 4.) L. 48. § 1. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 11. C. *de his quae vi* (2. 20.)

(9) L. 2. § 1. D. *si ex nox. causa ag.* (2. 9.) L. 24. § 4. L. 47. § 1. L. 50. D. *de min.* (4. 4. L. 48. § 1. D. *de fidejus.* (46. 1.) L. 2. C. *si adv. transact.* (2. 32.) L. un. § 1. C. *de reput. quae fiunt* (2. 48.) L. 2. C. *si ut omnis her.* (2. 40.

(10) L. 24. § 4. L. 27. § 1. L. 23. L. 40. § 1. L. 41. L. 47. § 1. D. *de min.* (4. 4.) L. 28. § 6. L. 29. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 78. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 26. D. *de lib. leg.* (34. 3.) L. 3. L. 4. C. *de his quae vi* (2. 20.) L. 6. C. *de rest. mil.* (2. 51.) L. 2. C. *de ux. mil.* (2. 52.)

(11) L. 40. § 1. L. 47. § 1. D. *de min.* (4. 4.)

(12) L. un. pr. § 2. C. *de reput. quae fiunt.* (2. 28.)

(13) L. 39. § 1. D. *de min.* (4. 4.) L. 32. § 5. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 10. § 20. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.)

(14) L. 3. § 4. L. 48. pr. D. *de min.* (4. 4.) L. 14. § 6. 8. D. *quod. met. causa* (4. 2.); *Pauli* S. R. I. 9. § 5. L. 19. D. *de duob. reis* (45. 2.) L. 20. pr. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 2. C. *si un. ex plur. her.* (7. 68.) L. 47. § 1. D. *de min.* (4. 4.) L. un. C. *si in comm. eademque causa* (2. 26.)

(15) L. 61. L. 55. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 2. § 3. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) L. 3. C. *de test. man.* (7. 2.) L. 22. pr. D. *de min.* (4. 4.) L. 30. § 11. D. *de fideicom. lib.* (40. 5.) L. 29. § 2. D. *de min.* (4. 4.) L. 22. in fine D. *eod.* § 5. J. *de eo cui lib. causa bon. add.* (3. 11.) L. 48. § 1. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 3. pr. D. *rat. rem. hab.* (46. 8.) L. 78. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 62. D. *de jure dot.* (23. 3.)

(16) L. 27. § 2. 3. L. 50. D. *de min.* (4. 4.) L. un. § 1. C. *de reput. quae fiunt* (2. 48.) L. 2. § 3. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) L. 17. D. *de serv.* (8. 1.) L. 10. pr. D. *quemad. serv. am.* (8. 6.) L. 29. § 1. 1. D. *de min.* (4. 4.) L. 1. C. *si un. ex plur. her.* (7. 68.) L. 47. § 1. D *eod.* L. 7. § 13. D. *comm. div.* (10. 3.)

portanti sono: che 1) per l'estinzione di un debito son liberati anche quelli che aveano fatto sicurtà pel medesimo (17), o che ne erano legalmente garanti (18), quando la sicurtà non sia stata richiesta precisamente contro la restituzione (19), e 2) nel ristabilimento di un debito anche gli obbligati accessorii debbono di nuovo essere assoggettati alla loro prima obbligazione (20).

V. CAUSE PARTICOLARI DI RESTITUZIONE

1) *Impedimenti di agire.*

(Restitutio majorum s. propter absentiam).

§ 84. La più antica causa di restituzione introdotta dallo stesso Pretore Pubblicio riguarda soltanto le omissioni. Quando si è trascurato ciò che sarebbe stato necessario per far valere o conservare un dritto ed in generale per allontanare un danno giuridico, colui che soffre il danno può dimostrare che l'omissione non si debba imputare a sua negligenza ma ad un' impedimento che non gli si può recare a colpa, ed allora egli deve ottenere la restituzione nello stato primiero. Questa restituzione, prendendo il nome da un principale impedimento della conservazione de'dritti, vien detta *restitutio propter absentiam*, e perchè può esser conceduta anche a' maggiori per contrapposto alla restituzione particolare a' minori (1), si dice ancora *restitutio majorum*. Essa non è ristretta a determinati impedimenti di agire; imperocchè quantunque l'editto di Publicio indichi per modo di esempio alcuni degl' impedimenti più importanti ed ordinari, come l'assenza, la prigionia, etc.(2) (ai quali per gli editti de' seguenti pretori per rimuovere il dubbio furono aggiunti parecchi altri) (3), pure in un' avvertenza che in fine vi è aggiunta, e che i giuristi romani chiamano *clausula generalis*, espressamente è detto, che si dee aver riguardo anche ad altre specie d'impedimenti (4). Ma gl' impedimenti che quì si prendono in considerazione si possono ridurre a tre classi.

(17) L. 51. pr. D. *de procur.* (3. 3.) L. 3. § 4. D. *de min.* (4. 4.)
(18) L. 27. pr. D. *eod.* L. 32. D. *de fidejuss.* (46. 1.)
(19) L. 13. pr. D. *de min.* (4. 4.) L. 9. § 3. D. ad Sct. Maced. (14. 6.) L. 1. C. *de fidejuss. min.* (2. 27.) L. 9. C. *de praed. et al. reb. min.* (5. 71.)
(20) L. 27. § 2. L. 50. D. *de min.* (4. 4.)
(1) Vedi il § seg.
(2) L. 1. § 1. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.)
(3) L. 26. § 7. D. *eod.*
(4) L. 1. § 1. L. 26. § 9. L. 33. pr. D. *eod.*

1.° L'impedimento può essersi trovato nella persona stessa che n'è rimasta lesa (5), ed allora la circostanza che ha impedito di agire debb'esser tale, che non si possa rimproverare alcun difetto o colpa al danneggiato (6);

2.° Può l'impedimento esser venuto da parte dell'avversario, perchè questi si fosse trovato in un luogo che rendeva difficile o impossibile l'esercizio di un dritto contro di lui (7), nel qual caso non monta nulla quale ne sia stata la cagione (8), eccetto se la stessa persona lesa lo abbia condotto in quel luogo (9); per contrario è indispensabile che non vi sia stato alcun procuratore dell'avversario, al quale il danneggiato si fosse potuto rivolgere (10);

3.° Da ultimo l'impedimento può ancora esser provenuto da circostanze indipendenti così dal danneggiato, come dall'avversario (11).

Del resto qui la regola è che si dia la restituzione condizionale mediante la concessione delle azioni e de' mezzi giuridici, che prima competevano (12); ma non pertanto può aver luogo anche la restituzione non condizionale, *cognitione praetoria* (13). La prescrizione qui non comincia a decorrere se non dal momento in cui è cessato l'impedimento che è la causa della restituzione (14).

2) *Minore età.*

§ 85. Molto maggiore estensione ha la restituzione per motivo della minore età *restitutio minorum*, la quale ha luogo non solo per le omissioni ma anche per le azioni, ed in ispezialità pei negozi civili dan-

(5) L. 2. § 1. L. 3. L. 4. L. 5. pr. L. 9. L. 10. L. 11. L. 26. § 9. L. 33. pr. L. 35. § 1. D. *eod.*

(6) L. 4. L. 5. L. 16. L. 21. § 1. L. 28. pr. D. *eod.*

(7) L. 21. pr. § 1. L. 22. § 2. L. 23. L. 24. L. 25. L. 26. § 1. 2. 3. L. 28. § 6. L. 29. L. 45. D. *eod.*

(8) L. 21. § 1. L. 46. D. *eod.*

(9) L. 16. D. *eod.*

(10) L. 1. § 1. L. 21. § 1-3. L. 32. L. 23. pr. § 3. D. *eod.*

(11) L. 23. § 4. L. 26. pr. § 4-7. D. *eod.* L. 1. § 9. D. *de itin. actuq. priv.* (43. 19.) L. 35. D. *de serv. praed. rust.* (8. 3.) L. 14. D. *quemad. serv. am.* (8. 6.)

(12) L. 8. D. *de in int. rest.* (4. 1.) L. 1. § 1. L. 28. § 4. 5. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 35. pr. D. de O. et A. (44. 7.) L. 1. L. 2. L. 5. C. *ex quib. caus. maj.* (2. 54.) § 4. 5. J. *de act.* (4. 6.)

(13) L. 40. § 1. L. 41. D. *ex quib caus. maj.* (4. 6.)

(14) L. 1. § 1. L. 28. § 3. D. *eod.* L. 5. C. *eod.* (2. 54.) L. 18. C. *de postlim.* (8. 51.)

nosi. Questa fu introdotta nell'editto del pretore probabilmente in sul cominciare dell'impero (1), ed è fondata sul principio che quando i minori sono lesi nelle faccende civili, la causa di questa lesione sta nel difetto di esperienza di previdenza e di riflessione proprio de' giovani, e quindi sarebbe ingiusto di trattarli con lo stesso rigore degli altri (2). Per forza di questo principio essi senza alcuna distinzione di sesso possono ottener la restituzione contro ogni avvenimento che diminuisca i loro dritti o che imponga ad essi delle obbligazioni dannose (3), e questo principio con una indulgente inconseguenza viene applicato anche quando non han trattato essi stessi un affare, ma sono stati rappresentati da altri (4), o quando altri in forza di un dritto han disposto de' loro affari (5). La restituzione è possibile anche contro le conseguenze di atti illeciti de'minori, quando il delitto non è provenuto che da semplice colpa (6); e nemmeno la conferma del magistrato può escludere la restituzione di un negozio civile (7). Qui la prescrizione della restituzione non comincia a correre se non dopo che il minore leso è giunto alla maggiore età, o ha ottenuto la *venia aetatis* (8), e la concessione della restituzione, la quale qui ordinariamente è non condizionale (9) ma può anche talvolta esser condizionale (10), ha pure la proprietà che 1) il minore non dee restituire o dare il valore di ciò che ha conseguito, se non in quanto ne sia divenuto più ricco (11), e 2) che l'annullamento di un

(1) La mia teorica della Rest. § 13.

(2) L. 1. pr. L. 17. L. 18. § 1. D. *de min.* (4. 4.)

(3) L. 1. § 1. L. 7. D. *eod.*

(4) L. 3. § 7. L. 39. § 1. L. 45. § 1. L. 47. D. *eod.* L. 5. C. *si tut. vel cur.* (2. 25.) L. 5. C. *si adv. rem. jud.* (2. 27.) L. 2. C. *si adv. vend.* (2. 28.) L. 8. § 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) L. 1. C. Th. *de integri rest.* (2. 16.)

(5) L. 8. D. *de in int. rest.* (4. 1.) L. 16. § 5. L. 17. L. 18. L. 29. § 1. L. 42. D. *de min.* (4. 4.) L. 9. pr. D. *eod.* L. 7. § 1. D. *de distr. pign.* (20. 5.) L. 1. C. *si adv. vend. pign.* (2. 29.) L. 3. C. *si adv. fisc.* (2. 37.) L. 1. L. 2. C. *de praed. et al. reb. min.* (5. 71.)

(6) L. 9. § 2. 3. L. 37. § 1. D. *de min.* (4. 4.) L. 16. § 9. D. *de publ.* (39. 4.) L. 1. L. 2. C. *si adv. dol.* (2. 35.) L. 4. C. *de incest. nupt.* (5. 5.) Pauli S. R. I. 9. § 1.

(7) L. 2. C. *de fidejuss. min.* (2. 24.) L. 11. C. *de praed. et al. reb. min.* (5. 71.)

(8) L. 19. D. *de min.* (4. 4.) L. 66. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) L. 4. C. *de his qu. ven. aetat.* (2. 45.) L. 5. C. *de tempor. in int. rest.* (2. 53.) L. 6. C. *de interd. matrim.* (5. 6.)

(9) L. 8. D. *de in int. rest.* (4. 1.) L. 9. § 4. D. *de jurej.* (12. 2.) L. 20. pr. D. *de evict.* (21. 2.) L. 13. pr. L. 24. § 4. L. 42. D. *de min.* (4. 4.) L. 32. § 4. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(10) L. 13. pr. L. 45. § 1. D. *de min.* (4. 4.)

(11) L. 7. § 5. L. 22. L. 24. § 4. L. 27. § 1. L. 34. D. *eod.* L. 32. § 4. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. L. 2. C. *si adv. cred.* (2. 38.)

debito per regola non libera i fidejussori (12). Siccome la restituzione de'minori dipende dal principio che questi, secondo il dritto Romano, sono pienamente capaci (13), così da principio gl'impuberi, i cui affari doveano sempre essere amministrati dal padre o dal tutore non poteano pretendere alcuna restituzione, ma non pertanto la pratica a poco a poco estese la restituzione de'minori anche agl'impuberi (14). Una estensione anche più notabile è questa, che i Comuni egualmente che i minori, per la sola ragione che sieno stati lesi, possono ottener la restituzione, la qual cosa è fondata sopra rescritti imperiali (15), di cui troviamo la prima traccia sotto Settimio Severo (16). Probabilmente per qualche tempo i giureconsulti romani furono anche propensi ad agguagliare le donne ai minori sotto il rapporto della restituzione (17), ma ad ogni modo ciò non fu mai generalmente riconosciuto (18), e più tardi questa pretensione fu del tutto abbandonata (19).

3) *Dolo*.

A. Azioni restitutorie pretorie.

§ 86. Tutte le azioni restitutorie del dritto pretorio hanno un fondamento comune in quanto risultano tutte da atti dolosi. Se ne annoverano sei:

1.° Quella che più generalmente si applica è l'*actio de dolo* (1) introdotta dal giureconsulto Aquilio Gallo nella qualità di Pretore l'anno di R. 688, la quale presso i Romani poteva esser proposta come *actio in jus concepta*, e come *actio in factum*, il che probabilmente fu stabilito dallo stesso Aquilio Gallo (2). Essa si da per ogni atto doloso

(12) *Paul.* S. R. I. 9. § 6. L. 13. pr. D. *de min.* (4. 4.) L. 95. § 3. D. *de solut.* (46. 3.) L. 1. C. *de fidejuss. min.* (2. 24.) La mia teorica della Rest. p. 372. seg.

(13) V. sopra § 13.

(14) L. 2. L. 3. C. *si tut. vel cur.* (2. 25.) confr. con la L. 7. § 10. C. L. 20. pr. § 1. L. 38. pr. L. 45. L. 47. pr. L. 49. D. *de min.* (4. 4.) L. 35. § 1. D. *de auro leg.* (34. 2.) L. 5. C. *si adv. rem. jud.* (2. 27.) L. 1. C. *si adv. transact.* (2. 32.)

(15) L. 1. C. *de off. ejus qui vice al. jud.* (1. 50.) L. 4. C. *quib. ex caus. maj.* (2. 54.) L. 3. C. *de jure reip.* (11. 29.)

(16) L. 78. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

(17) L. 8. § 2. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.) L. 1. § 5. D. *de edendo* (2. 13.) L. 110. § 4. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 3. C. Th. *de int. rest.* (2. 16.)

(18) L. 32. pr. D. ad Sct. Vellej. (16. 1.) L. 9. pr. D. *de juris et facti ign.* (22. 6.) L. 11. C. *eod.* (1. 18.)

(19) L. 13. C. *eod.*

(1) *Cic. de nat. Deor.* III. 30. de Off. III. 14. Top. c. 7.

(2) Perchè Cic. de off. III. 14. attribuisce ad Aquilio in plurale *formulas de dolo*.

nosi. Questa fu introdotta nell'editto del pretore probabilmente in sul cominciare dell'impero (1), ed è fondata sul principio che quando i minori sono lesi nelle faccende civili, la causa di questa lesione sta nel difetto di esperienza di previdenza e di riflessione proprio de' giovani, e quindi sarebbe ingiusto di trattarli con lo stesso rigore degli altri (2). Per forza di questo principio essi senza alcuna distinzione di sesso possono ottener la restituzione contro ogni avvenimento che diminuisca i loro dritti o che imponga ad essi delle obbligazioni dannose (3), e questo principio con una indulgente inconseguenza viene applicato anche quando non han trattato essi stessi un affare, ma sono stati rappresentati da altri (4), o quando altri in forza di un dritto han disposto de' loro affari (5). La restituzione è possibile anche contro le conseguenze di atti illeciti de' minori, quando il delitto non è provenuto che da semplice colpa (6); e nemmeno la conferma del magistrato può escludere la restituzione di un negozio civile (7). Qui la prescrizione della restituzione non comincia a correre se non dopo che il minore leso è giunto alla maggiore età, o ha ottenuto la *venia aetatis* (8), e la concessione della restituzione, la quale qui ordinariamente è non condizionale (9) ma può anche talvolta esser condizionale (10), ha pure la proprietà che 1) il minore non dee restituire o dare il valore di ciò che ha conseguito, se non in quanto ne sia divenuto più ricco (11), e 2) che l'annullamento di un

(1) La mia teorica della Rest. § 13.

(2) L. 1. pr. L. 17. L. 18. § 1. D. *de min.* (4. 4.)

(3) L. 1. § 1. L. 7. D. *eod.*

(4) L. 3. § 7. L. 39. § 1. L. 45. § 1. L. 47. D. *eod.* L. 5. C. *si tut. vel cur.* (2. 25.) L. 5. C. *si adv. rem. jud.* (2. 27.) L. 2. C. *si adv. vend.* (2. 28.) L. 8. § 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) L. 1. C. Th. *de integri rest.* (2. 16.)

(5) L. 8. D. *de in int. rest.* (4. 1.) L. 16. § 5. L. 17. L. 18. L. 29. § 1. L. 42 D. *de min.* (4. 4.) L. 9. pr. D. *eod.* L. 7. § 1. D. *de distr. pign.* (20. 5.) L. 1. C. *si adv. vend. pign.* (2. 29.) L. 3. C. *si adv. fisc.* (2. 37.) L. 1. L. 2. C. *de praed. et al. reb. min.* (5. 71.)

(6) L. 9. § 2. 3. L. 37. § 1. D. *de min.* (4.4.) L. 16. § 9. D. *de publ.* (39.4.) L. 1. L. 2. C. *si adv. dol.* (2.35.) L. 4. C. *de incest. nupt.* (5.5.) Pauli S.R.I.9.§1

(7) L. 2. C. *de fidejuss. min.* (2. 24.) L. 11. C. *de praed. et al. reb. min.* (5.71.)

(8) L. 19. D. *de min.* (4. 4.) L. 66. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) L. 4. C. *de his qui ven. aetat.* (2. 45.) L. 5. C. *de tempor. in int. rest.* (2.53.) L. 6. C. *de interd. matrim.* (5. 6.)

(9) L. 8. D. *de in int. rest.* (4. 1.) L. 9. § 4. D. *de jure j.* (12. 2.) L. 39. pr. D. *de evict.* (21.2.) L. 13. pr. L. 24. § 4. L. 42. D. *de min.* (4. 4.) L. 32. § 4. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(10) L. 13. pr. L. 45. § 1. D. *de min.* (4. 4.)

(11) L. 7. § 5. L. 22. L. 24. § 4. L. 27. § 1. L. 34. D. *eod.* L. 32. § 4. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. L. 2. C. *si adv. cred.* (2. 38.)

debito per regola non libera i fidejussori (12). Siccome la restituzione de'minori dipende dal principio che questi, secondo il dritto Romano, sono pienamente capaci (13), così da principio gl'impuberi, i cui affari doveano sempre essere amministrati dal padre o dal tutore non poteano pretendere alcuna restituzione, ma non pertanto la pratica a poco a poco estese la restituzione de'minori anche agl'impuberi (14). Una estensione anche più notabile è questa, che i Comuni egualmente che i minori, per la sola ragione che sieno stati lesi, possono ottener la restituzione, la qual cosa è fondata sopra rescritti imperiali (15), di cui troviamo la prima traccia sotto Settimio Severo (16). Probabilmente per qualche tempo i giureconsulti romani furono anche propensi ad agguagliare le donne ai minori sotto il rapporto della restituzione (17), ma ad ogni modo ciò non fu mai generalmente riconosciuto (18), e più tardi questa pretensione fu del tutto abbandonata (19).

3) *Dolo*.

A. Azioni restitutorie pretorie.

§ 86. Tutte le azioni restitutorie del dritto pretorio hanno un fondamento comune in quanto risultano tutte da atti dolosi. Se ne annoverano sei:

1.° Quella che più generalmente si applica è l'*actio de dolo* (1) introdotta dal giureconsulto Aquilio Gallo nella qualità di Pretore l'anno di R. 688, la quale presso i Romani poteva esser proposta come *actio in jus concepta*, e come *actio in factum*, il che probabilmente fu stabilito dallo stesso Aquilio Gallo (2). Essa si da per ogni atto doloso

(12) *Paul.* S. R. I. 9. § 6. L. 13. pr. D. *de min.* (4. 4.) L. 95. § 3. D. *de solut.* (46. 3.) L. 1. C. *de fidejuss. min.* (2. 21.) La mia teorica della Rest. p. 872. seg.

(13) V. sopra § 13.

(14) L. 2. L. 3. C. *si tut. vel cur.* (2. 25.) confr. con la L. 7. § 10. C. L. 20. pr. § 1. L. 38. pr. L. 45. L. 47. pr. L. 49. D. *de min.* (4. 4.) L. 35. § 1. D. *de auro leg.* (34. 2.) L. 5. C. *si adv. rem. jud.* (2. 27.) L. 1. C. *si adv. transact.* (2. 32.)

(15) L. 1. C. *de off. ejus qui vice al. jud.* (1. 50.) L. 4. C. *quib. ex caus. maj.* (2. 54.) L. 3. C. *de jure reip.* (11. 29.)

(16) L. 78. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

(17) L. 8. § 2. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.) L. 1. § 5. D. *de edendo* (2. 13.) L. 110. § 4. D. *de* R. J. (50. 17.) L. 3. C. Th. *de int. rest.* (2. 16.)

(18) L. 32. pr. D. ad Sct. Vellej. (16. 1.) L. 9. pr. D. *de juris et facti ign.* (22. 6.) L. 11. C. *eod.* (1. 18.)

(19) L. 13. C. *eod.*

(1) *Cic. de nat. Deor.* III. 30. de Off. III. 14. Top. c. 7.

(2) Perchè Cic. de off. III. 14. attribuisce ad Aquilio in plurale *formulas de dolo*.

che ha cagionato un danno (3), e si dirige contro l'autore (4), e i suoi eredi (5). Ma non è ammessa se non quando al danneggiato non competa alcun'altra azione per ottenere il risarcimento (6), il che fu stabilito per la ragione che essa appartiene alle azioni infamanti (7). Per verità solo l'*actio in jus concepta* e non già l'*actio in factum* ha questa influenza sull'onore del convenuto (8), ed in ciò sta la ragione perchè la prima presupponeva una *causae cognitio* sulla sua ammisibilità (9), e perchè solo l'ultima forma si poteva adoperare quando si agiva contro persone alle quali è dovuta riverenza (10), o contro gli eredi dell'autore del dolo (11), o dopo che due anni eran decorsi (12), o a cagione di un fatto doloso soltanto nella forma, ma moralmente scusabile (13), ovvero dopo che uno avesse perduto un'altra azione che gli competeva (14); ma quella limitazione vale in generale (15), ed ambedue le forme di azione si accordano nello scopo, il quale sta in ciò che si ristabilisca lo stato primiero, e, se ciò non si faccia conformemente all' *arbitrium de restituendo*, il convenuto sia condannato al risarcimento secondo il *juramentum in litem* dell'attore (16); nel che però gli eredi non son tenuti che in quanto si sono arricchiti (17). L'*actio in factum* dura 30 anni (18), ma come *actio in jus concepta* l'azione secondo l'editto non si può introdurre che in un *annus utilis*, e secondo una disposizione di Costantino in due anni ordinari (19).

(3) L. 14. § 13. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 7. § 4. 5. L. 8. L. 18. § 2. 5. L. 19. L. 21. L. 23. L. 31. L. 32. D. *de dolo* (4. 3.) L. 47. pr. D. de R. J. (50. 17.) Perciò Cic. de nat. Deor. III.30. chiama l'azione anche un *everriculum omnium malitiarum*.

(4) § 31. J. *de act.* (4.6.) L. 15. § 3. L. 17. pr. D. *de dolo* (4. 3.)

(5) L. 17. § 1 L. 26-29. D. *eod.* L. 30. § 7. D. *de pecul.* (15. 1.)

(6) L. 1. § 1. 4. L. 2-7. D. *de dolo* (4. 3.) L. 2. C. *eod.* (2. 21.)

(7) L. 1. D. *de his qui not.* (3. 2.) L. 7. § 1. D. *de in int. rest.* (4. 1.) L. 1. § 4. D. *de dolo* (4. 3.)

(8) L. 29. D. *eod.*

(9) L. 9. § 5. L. 13. § 1. D. *eod.*

(10) L. 11. § 1. L. 12. L. 13. pr. L. 17. § 1. D. *eod.* L. 5. pr. D. *de obseq.* (37. 15.) L. 5. C. *de dolo* (2. 21.)

(11) L. 26-29. D. *eod.* L. 30. § 7. D. *de pecul.* (15. 1.)

(12) L. 28. L. 29. D. *de dolo* (4. 3.) confr. con la L. 8. C. *eod.* (2. 21.)

(13) L. 7. § 7. L. 33. D. *eod.* L. 14. L. 16. § 1. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(14) L. 14. pr. D. *de aqua et aq. pluv.* (39. 3.)

(15) V. i luoghi nella nota 6.

(16) § 31. J. *de act.* (4. 6.) L. 18. pr. § 1. 4. D. *de dolo* (4. 3.) L. 2. § 1. D. *de in lit. jur.* (12. 3.)

(17) L. 17. § 1. L. 26. D. *de dolo* (4. 3.)

(18) L. 28. L. 29. D. *eod.* L. 14. pr. D. *de aqua et aq. pluv.* (39. 3.)

(19) L. un. C. Th. *de dolo* (2. 15.); L. 8. C. *eod.* (2. 21.)

2.° Le altre cinque azioni di restituzione riguardano particolari specie di atti dolosi, ma tutte son senza dubbio più antiche dell' *actio de dolo* (20). Esse sono 1) l'*actio quod metus causa* detta anche la *formula Octaviana* (21), il che indica che fu introdotta da un qualche pretore Ottavio. Il suo fondamento è l' ingiusta violenza o costringimento ad un atto dannoso (22), e si da non solamente contro l' autore (23) e suoi eredi (24), ma come *actio in rem scripta* (25) anche contro i terzi che sono in istato di far ricuperare il suo a colui che ha patito la violenza (26); a questi però si concede in tal caso di opporre la *exceptio longi temporis* (27). Lo scopo è il ristabilimento dello stato primiero (28), ma qui anche l' attore dee restituire ciò che ha ricevuto (29). Se il convenuto non si uniformi all' *arbitrium de restituendo* si dovrà condannare al quadruplo dell' interesse stimato dall'attore mediante il suo *jusjurandum in litem* (30). Ma questo vale quando l' azione si è intentata prima del decorrimento dell' anno (31), al contrario l' azione pel semplice è un' *actio perpetua* (32). 2) L' *actio de alienatione judicii mutandi causa*, azione *in factum* la quale ha luogo, quando il possessore di una cosa, il quale prevede una lite relativa a quella tal cosa, con l' intenzione dolosa di rendere all'attore più malagevole o impossibile lo sperimento del suo dritto aliena la cosa o un dritto sopra la medesima, o almeno ne trasferisce ad altri il

(20) Dell' *actio quod met. causa* lo sappiam di certo, perchè Cicerone in Verr. II. 3. c. 65. presuppone come nota quest' azione, e l'accusa contro Verre ebbe luogo l'anno di R. 683. Le altre appena erano state necessarie, giacchè al tempo della loro introduzione si avea già l' *actio de dolo*.

(21) *Cic.* l. c.

(22) L. 3. § 1. L. 9. § 2. 3. L. 12. § 2. L. 14. pr. D. *quod met. caus.* (4. 2.) L. 4. 5. 11. 12. C. *de his quae vi* (2. 21.)

(23) L. 14. § 5. 11. 15. L. 15. D. *eod.* L. 1. C. *eod.*

(24) L. 16. § 2. L. 17. L. 19. L. 20. D. *eod.* L. 2. D. *quib. ad lib. procl. non licet* (40. 13.)

(25) § 31. J. *de act.* (4. 6.) confr. con la L. 9. § 8. D. *quod met. caus.* (4. 2.)

(26) L. 9. § 8. L. 10. pr. L. 14. § 3. 5. L. 18. L. 23. § 3. D. *eod.* L. 5. C. *de his quae vi* (2. 20.)

(27) L. 3. C. *eod.*

(28) L. 9. § 2. 3. 6. 7. 8. 9. L. 10. L. 12. pr. L. 14. § 7. L. 21. § 2. 4. D. *eod.* L. 38. 4. 6. D. *de usur* (22. 1.)

(29) L. 3. L. 4. C. *de his quae vi* (2. 20.)

(30) L. 25. 31. J. *de act.* (4. 6.) L. 9. 4. 7. 8. L. 14. 4. 1. 3. 4. 7. 10. 14. 15. D. *quod met. c.* (4, 2.) L. 18. pr. D. *de dolo* (4. 3.)

(31) L. 4. C. *de his quae vi* (2. 20.) L. 14. 4. 2. D. *quod m. c.* (4. 2.

(32) L. 16. D. *eod.*

possesso (33). Essa tende a far rimettere le cose nello stato primiero, o alla prestazione dell' interesse della lite (34), ma si può intentare solamente fra un anno (35), e solo contro l' autore medesimo o i suoi successori universali (36). 3) *L'actio Pauliana*, il cui nome senza dubbio ha origine dal suo autore, un tal Pretore Paolo che non è altrimenti noto (37), e la quale è parimente un'*actio in factum* (38). Quest' azione riguarda il caso quando un debitore insolvibile dolosamente fa alienazioni *in fraudem creditorum* o per via di donazioni o per via di vendite a basso prezzo etc. (39), ma non è ammessa che dopo aperto il concorso de' creditori (40), ed appartiene ai creditori o al loro rappresentante cioè al curatore destinato all' amministrazione della massa (41) contro coloro, ai quali le alienazioni si son fatte (42), o ai loro eredi, i quali per un editto più recente di un pretore a nome Cassio anche quì son tenuti in quanto per le predette alienazioni si sono arricchiti (43). Le condizioni che quì necessariamente si richiedono sono: A. che i creditori abbiano effettivamente risentito un danno per l' alienazione (44); B. che non solo il debitore abbia dolosamente mirato a questo danno (45), ma anche il convenuto abbia conosciuto la frode (46), salvo allorchè si tratta di donazioni (47); C. che i crediti de' creditori che si valgono della Pauliana fossero già esistenti al tempo dell'alienazione (48); e D. che gli attori non avessero avuto notizia della alienazione senza dolersene o altrimente farne rimo-

(33) L. 1. pr. L. 2. L. 3. L. 4. L. 8. 4. 2. 4. 5. L. 9. L. 10. pr. L. 12. D. *de alien. jud. mut. causa* (4. 7.)

(34) L. 3. § 4. L. 8. pr. D. *eod.*

(35) L. 6. D. *eod.*

(36) L. 4. § 6. L. 5. D. *eod.*

(37) L. 38. § 6. D. *de usur.* (22. 1.); *Theoph.* IV. 6. § 6.

(38) L. 10. pr. § 2. 16. L. 14 D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.)

(39) L. 1. § 2. L. 2-7. L. 10. § 12. 13. 16. L. 17. pr. § 2. L. 18. L. 22. L. 24. D. *eod.* L. 6. § 2. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 5. C. *de revoc. his quae in fraud. cred.* (7. 75.)

(40) L. 1. pr. L. 10 pr. D. *quae in fr. cr.* (42. 8.)

(41) L. 1. pr. L. 10. § 25. D. *eod.* L. 4. C. *eod.*

(42) L. 9. L. 10. § 25. D. *eod.* L. 3. C. *eod.*

(43) L. 10. § 25. L. 11. D. *eod.*

(44) L. 10. § 1. L. 15. L. 16. D. *eod.*

(45) L. 1. pr. § 2. L. 10. pr. § 1. D. *eod.*

(46) L. 1. pr. L. 6. § 8. L. 10. pr. § 5. D. *eod.* L. 5. C. *eod.*

(47) L. 6. § 11. L. 17. § 1. L. 25. pr. D. *eod.* L. 5. C. *eod.*

(48) L. 15. D. *eod.* L. 1. C. *de jure fisci* (10. 30.)

stranza (49). Quest'azione non produce il pieno effetto, cioè la restituzione della cosa acquistata coi frutti e gli utili, o il loro valore (50) se non tra il termine di un *annus utilis* dopo aperto il concorso (51), ma in quanto alla restituzione di ciò che il convenuto possiede tuttora dura 30 anni (52). Ma il convenuto il quale restituisce, può parimente chiedere la restituzione di ciò che diede in cambio della cosa acquistata, se si trovi ancora nella massa (53), come pure il rimborso delle spese utili fatte per la cosa restituita (54). Se il debitore dopo il concorso ha nuovamente acquistato de'beni, l'azione può dirigersi anche contro di lui pel risarcimento del danno (55). Ma è difficile a determinare a qual fine insieme con l'azione Pauliana sia stato introdotto eziandio un *interdictum fraudatorium*, il quale in apparenza ha perfettamente lo stesso scopo e le stesse condizioni (56). 4) *L'actio Faviana* per far valere il dritto di successione che spetta al patrono sul patrimonio del suo liberto e che gli assicura anche una legittima quando il liberto abbia fatto testamento. Se un liberto che ha fatto testamento abbia dolosamente con donazioni ed altre alienazioni dannose diminuito di tanto il suo patrimonio, che neppur resti al patrono intera la legittima (57), il patrono secondo l'editto del pretore Fabio, o che sia stato istituito nel testamento o no (58), può chiedere dagli acquirenti (59) la restituzione o il pagamento del valore che egli giurerà (60), e ciò fra il termine di 30 anni (61). 5) *L'actio Calvisiana*. Un pretore per nome Calvisio estese i medesimi principi al caso che un liberto morto senza testamento per effetto di dolose alienazioni non avesse lasciato al patro-

(49) L. 6. § 9. D. *quae in fr. cr.* (42. 8.)

(50) § 6. J. *de act.* (4. 6.) L. 9. L. 10. § 19-24. L. 14. L. 17. pr. L. 25. § 4-6. D. *quae in fr. cr.* (42. 8.) L. 38. § 4. D. *de usur.* (22. 1.)

(51) L. 1. pr. L. 10. pr. § 24. D. *quae in fr. cr.* (42. 8.) L. 6. C. *eod.*

(52) L. 6. § 11. L. 10. § 24. D. *eod.*

(53) L. 7. L. 8. D. *eod.*

(54) L. 10. § 20. D. *eod.*

(55) L. 1. pr. L. 25. § 7. D. *eod.* L. 6. C. *eod.*

(56) L. 67. § 1. 2. D. ad Sct. Treb. (36. 1.) L. 96. pr. D. *de solut.* (46. 3.); L. 1. C. Th. *de int. rest.* (2. 16.)

(57) L. 1. pr. § 1. 3. 4. 9. 10. 11. L. 4. pr. D. *si quid in fr. patr.* (38. 5.) L. 1. C. *eod.* (6. 5.)

(58) L. 1. pr. L. 3. pr. § 2. D. *eod.*

(59) L. 1. § 11. L. 5. pr. D. *eod.*

(60) L. 1. § 3. 28. L. 2. L. 4. pr. L. 5. § 1. D. *eod.*

(61) L. 3. § 1. D. *eod.*

no tanto del suo primiero patrimonio quanto è l' ammontare della sua legittima (62).

B. Restituzione per cagione della violenza e del dolo.

§ 87. Mentre l'editto del pretore ne' negozi fatti per violenza non conosceva altro mezzo di restituzione che l' *actio quod metus causa*, la pratica romana andò più oltre, e diede per la violenza anche la in *integrum restitutio* propriamente detta (1) tanto la non condizionale, *cognitione praetoria* (2), quanto la condizionale mediante l'ammessione de' *judicia restitutoria* (3). Il medesimo troviamo anche pel dolo, pel quale l'editto non avea dato che l'azione generale *de dolo*, ma in appresso fu del pari ammessa la restituzione nello stato primiero a cagione del dolo (4). E queste estensioni son certamente importanti, imperocchè ci ha de' casi in cui quelle azioni non sarebbero di alcun utile effetto o almeno non sarebbero così utili come la *in integrum restitutio* (5).

4) *Errore.*

§ 88. Nelle omissioni o negligenze l' errore almeno quello di fatto può sempre divenir causa di restituzione per virtù della *clausula generalis* (1), quando l'omissione effettivamente sia provenuta da un errore non imputabile a colpa, e per conseguenza esso sia stato d' impedimento ad agire (2). Ma anche negli atti dannosi l'errore vien riconosciuto come una propria causa di restituzione (3).

(62) L. 3. § 3. L. 4. § 11. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(1) L. 1. D. *de in int. rest.* (4. 1.) Il mio tratt. della Rest. § 19.

(2) L. 21. § 5. D. *quod m. causa* (4. 2.) L. 85. 19. *de adq. her.* (29. 2.)

(3) L. 9. § 3. 4. 6. L. 21. § 6. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 3. C. *de his quae vi* (2. 20.) L. 1. C. *de rescind. vend.* (4. 44.) confr. anche L. 25. pr. D. *de min.* (4. 4.)

(4) L. 1. L. 7. § 1. D. *de in int. rest.* (4. 1.) L. 33. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 18 D. *de interr. in jure fac.* (11. 1.) L. 10. C. *de resc. vend.* (4. 44.)

(5) Il mio tratt. della Rest. § 19 e 20.

(1) V. sopra § 84. Nota 4.

(2) L. 7. pr. D. *de in int. rest.* (4. 1.) L. 1. § 5. D. *de edendo* (2. 13.) L. 31. D. *de jurej.* (12. 2.) L. 35. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 11. pr. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.); L. 21. § 1. D. de Sct. Silan. (29. 5.) L. 17. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.); *Gaj.* IV. 57. 125.

(3) L. 2. D. *de in int. rest.* (4. 1.)

1.° Nell'editto ciò veramente avviene per un caso particolare, cioè quando alcuno per errore ha tenuto alcuno come tutore di un pupillo, ed in questa opinione ha contrattato con lui, nel qual caso egli per se stesso è obbligato al pupillo non altrimenti che se avesse contratto col suo vero tutore, ma a cagione del suo errore può farsi restituire in intero (4).

2.° Nondimeno noi troviamo il somigliante in due altri diversi rapporti: 1) quando degli atti processuali ed in generale degli atti giudiziari sieno fondati sopra un errore (5), e 2) quando alcuno per errore abbia accettata un'eredità gravata di debiti, il che è stabilito dalla costituzione di Adriano, Gordiano, e Giustiniano (6); dal che segue che il riguardar l' errore come una causa di restituzione affatto generale non si vuol ritenere come un principio del dritto romano, giacchè se così fosse non vi sarebbe stato mestieri di quelle costituzioni (7).

5) *Capitis diminutio.*

§ 89. Per la *capitis diminutio* secondo il dritto romano antico tutti i rapporti di obbligazione del *capite minutus* per rispetto a lui non potevano più formar materia di azioni giudiziarie, cosicchè egli nè poteva agire pe' suoi dritti, nè esser convenuto per le sue obbligazioni (1), tranne soltanto poche eccezioni (2). Nondimeno questi dritti e queste obbligazioni nella *capitis diminutio maxima e media* regolarmente passavano con pieno effetto in altre persone (3), ma nella *capitis diminutio minima* cosiffatta trasmissione avea luogo solo pe' dritti (4) e non già per le obbligazioni (5); e però in tal caso i creditori

(4) L. 1-6. D. *quod falso tut. auct.* (26. 7.)

(5) *Sueton.* in Claud. c. 14.; *Caj.* IV. 53.; § 33. J. (4. 6.); *Theoph.* ad h. l. L. 8. § 2. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.) L. 11. § 8. D. *de int. in jure* (11. 1.) L. 1. § 17. D. *de separat.* (42. 6.) L. 2. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.) L. 13. pr. D. *de instit. act.* (14. 3.)

(6) *Caj.* II. 163.; § 5. 6. J. *de her. qual. et diff.* 2. (19.)

(7) Nel mio tratt. della Rest. § 21. ho professato una opinione contraria che qui emendo.

(1) L. 2. pr. § 2. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 30 D. de O et A. (44. 7.) L. 19. D. *de duob. reis* (45. 2.) L. 58. § 1. D. *de solut.* (46. 3.) L. 2. L. 8. D. *de sent. pass.* (48. 23.) L. 3. Cod. eod. (9. 51.); *Caj.* III. 84. IV. 38.

(2) L. 2. § 3. L. 7. § 1. L. 8. L. 9. L. 10. *de cap. min.* (2. 5.) L. 61. D. *mand.* (17. 1.) L. 58. § 2. L. 65. § 11. D. *pro soc.* (17. 2.)

(3) Il mio tratt. della Rest. p. 269. seg.

(4) *Caj.* III. 82-84.; § 1. J. *de adq. per arrog.* (3. 10.); *Theoph.* ad h. l.

(5) *Caj.* III. 84.; L. 42. D. *de pecul.* (15. 1.)

ne rimanevano necessariamente danneggiati. Questa fu la cagione per cui l'editto del pretore promise la restituzione contro la perdita del dritto di agire ai creditori di colui che avea patita la *capitis diminutio minima* (6). Per verità la *capitis diminutio* in se stessa non si annullava, ma per effetto della restituzione si fingeva che non si fosse ancora nulla mutato dello stato delle cose, e che quindi le obbligazioni sussistessero col loro effetto primiero (7). Solo si richiedeva che il creditore il quale domandava la restituzione avesse già avuto il suo dritto al tempo della *capitis diminutio* (8), e non avesse egli stesso cagionato la diminuzione di capo (9). Diversamente dagli altri casi della propria *in integrum restitutio*, questa era una *restitutio perpetua* (10). Essa però perdè la sua importanza per le posteriori disposizioni, delle quali in altre occasioni accadrà di dover ragionare (11).

(6) L. 2. § 1. 4. L. 7. § 3. D. *de cap. m in.* (4. 5.) L. 2. D. *de in int. rest.* (4. 1.) *Paul.* S. R. I. 7. § 2.
(7) *Caj.* III. 84. IV. 38.
(8) L. 2. § 2. D. *de cap. min.* (4. 5.)
(9) L. 2. § 4. D. *eod.*
(10) L. 2. § 5. D. *eod.*
(11) V. § 97. Nota 34.

PARTE SPECIALE

LIBRO PRIMO

DRITTO DELLA FAMIGLIA

CAPITOLO PRIMO

DELLA PARENTELA (*)

I. NOZIONE.

§ 90. Il legame naturale fondato sulla comunione del sangue, che unisce coloro i quali discendono gli uni dagli altri ovvero da uno stipite comune si addimanda consanguinità *cognatio*, *jus cognationis*, *necessitudo* (1), e le persone per tal modo congiunte si chiamano l' una rispetto all'altra parenti, *cognati*, *necessarii*, *propinqui* (2). Intanto la parentela naturale in alcuni casi è per gli effetti giuridici al tutto ignorata, cioè 1) pe' figliuoli illegittimi rispetto al padre (3), e 2) pei servi fatti liberi, in quanto la consanguinità derivi dal tempo della schiavitù, e però i liberti non possono aver altri parenti che i loro figliuoli

(*) *Klenze*. I cognati e gli affini secondo il dritto Romano in relazione cogli altri dritti affini, nel Giornale per la scienza storica del dritto Vol. VI. N. 1.

(1) L. 12. D. de J. et J. (1.1.) L. 4. § 1. 2. L. 10. § 5. 6. D. *de grad. et affin.* (38. 10.) L. 50. § 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 5. § 1. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.)

(2) L. 1. § 1. D. *unde cogn.* (38. 8.) L. 4. § 1. D. *de grad. et affin.* (38. 10.) Collat. L. L. Mos. et Rom. XVI. 2.; Festo p. *Necessarii*; L. 13. § 1. D. *de off. praes.* (1. 18.) L. 1. § 9. D. *de eo qui pro tut.* (27.5.) L. 5. § 11. D. *de reb. eor. qui sub. tut.* (27. 9.) L. 4. C. *qui pet. tut.* (5. 31.) L. un. C. *de emend. propinq.* (9. 15.)

(3) § 12. J. *de nupt.* (1. 10.) § 4. J. *de succ. cognat.* (3. 5.) Confr. con la L. 14. § 3. L. 54. D. *de ritu nupt.* (23. 2.)

generati dopo acquistata la libertà (4), il che però fu mutato da Giustiniano pel caso che fossero liberati e genitori e figliuoli, giacchè allora debb'esser riconosciuta la parentela tra loro (5). Ma per contrario in certe circostanze si finge una parentela dov' essa realmente non è. 1) Nel senso pieno una tal finzione non si effettua che coll'ammettere alcuno nella famiglia (6); 2) ma in un senso ristretto, anche col matrimonio e col battesimo, imperocchè un conjuge entra coi parenti dell'altro in un certo rapporto di parentela che vien detto affinità *adfinitas* (7), ed il fanciullo battezzato si ha come parente col patrino (8), pel qual caso nel medio evo si adoperò l' espressione di parentela spirituale, *cognatio spiritualis* (9). Una serie di parenti che discendono l'uno dall'altro forma una linea, la quale quando alcuno si fa a computare da una determinata persona nella linea, si può dividere in linea ascendente *linea ascendens* s. *superior* e linea discendente *linea descendens* s. *inferior* (10). Più linee discendenti provenienti da uno stipite comune, nel rapporto tra loro si addimandano collaterali *lineae collaterales* s. *transversae* s. *obliquae* (11). Le linee sono assomigliate ad una scala in cui le persone formano i piuoli, e le generazioni che son tra loro formano i gradi *gradus*; il perchè per determinare il grado di parentela delle persone non è da far altro che annoverare le generazioni che tra loro intercedono, *tot sunt gradus quot generationes* (12), il qual principio si può applicare anche all'affinità prendendosi insieme i coniugi per una sola persona, sebbene per altro nell'affinità non si parli espressamente di gradi (13). Nelle figure e nelle tavole genealogiche

(4) L. 10. § 5. D. *de grad. et affin.* (38.10.) L. 1. § 2. L. 7. D. *unde cogn.* (38.8.) L. 8. L. 14. § 2. 4. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) L. 46. D. *de adopt.* (1. 7.); Theoph. III. 5. § 10.

(5) § 10. J. *de grad. cogn.* (3. 6.)

(6) V. appressso sotto il § 96. e 97.

(7) L. 4. § 3-9. L. 10. pr. D. *de grad. et affin.* (38. 10.) L. 15. § 2. L. 16. D. *sol. matr.* (24. 3.) § 6. 7. J. *de nupt.* (1. 10.) Talvolta anche l'affinità vien denominata *necessitas*, e gli affini son denominati *necessarii*. Non. Marcell. c. 4. N. 323. v. *Necessitas*; Gell. XIII. 3.; confr. in generale *Sell* nell' Archivio per la pratica civile vol. XXII. No. 9.

(8) L. 26. C. *de nupt.* (5. 4.)

(9) Tit. X. *de cognat. spirit.* (4. 11.)

(10) Pr. J. *de grad. cognat.* (3. 6.) L. 1. pr. L. 9. D. *de grad. et affin.* (8. 10. L. 68. D. *de ritu nupt.* (23. 2.)

(11) Pr. J. *de grad. cogn.* (3. 6.) L. 1. pr. D. *de grad. et affin.* (38. 10.)

(12) § 7. J. *de grad. cogn.* (3. 6.) L. 1. L. 10. § 9. seg. D. *de grad. et affin* (38. 10.)

(13) L. 10. pr. L. 4. § 5. D. *eod.*

per mezzo delle quali si sogliono rappresentare i rapporti di parentela comunemente i maschi sono indicati con un cerchio, e le femine con un triangolo o con un quadrato (14).

II. SPECIE.

§ 91. Secondo la maniera e la specie del legame di parentela, secondo la distanza del grado, secondo il sesso de' parenti medesimi e di coloro per cui mezzo si è formato il legame del sangue, e secondo gli effetti legali del vincolo si possono distinguere diverse classi di parenti e di rapporti di parentela (1). Le più importanti sono le divisioni di:

1.° *Ascendenti*, genitori, maggiori, antenati *parentes adscendentes*, a' quali appartengono tutti coloro da' quali alcuno ha origine (2), *Discendenti*, figliuoli, posteri *liberi*, *nati*, *filii*, *proles*, *progenies*, cioè il complesso di coloro che discendono da una determinata persona (3), e *Collaterali a latere venientes s. ex transverso cognati*, i quali hanno comune l'origine da una medesima persona, ma non discendono l'uno dall'altro (4). Tra questi ultimi si debbono anche distinguere 1) i fratelli e le sorelle *fratres et sorores* come i più prossimi di tutti, i quali quando han comuni amendue i genitori, *duplicitas vinculi*, si appellano bilaterali, *germani*, e se sono tuttora in vita i genitori, *patrimes et matrimes* (1), quando han comune solo il padre o la madre si dicono unilaterali. Gli unilaterali che han comune la madre si addimandano con proprio nome *uterini* (7), quelli che han comune il padre possono

(14) Cujacio Observ. IV. 40. ha fatto imprimere una tavola genealogica, per rilevare i diversi gradi di parentela, conservata in un manoscritto del Codice Teodosiano. Essa sembra esser molto antica, imperocchè presuppone ancora in vigore la *in manum conventio* nel matrimonio.

(1) Sopra le denominazioni dei diversi parenti, le quali sono più esatte nella lingua latina che in qualunque altra veggasi pr. § 1-6. J. *de grad. cogn.* (3. 6.) L. 1-3. L. 10. D. *de grad. et affin.* (38. 10.)

(2) L. 1. L. 10. § 7. seg. D. *eod.* L. 68. D. *de ritu nupt.* (23. 2.)

(3) L. 1. pr. D. *de grad. et affin.* (38. 10.) L. 56. § 1. L. 84. L. 104. L. 220. D. de V. S. (50. 16.) L. 3. § 6 D. *de ads. lib.* (38. 4.) L. 68. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) § 5. J. *qui dari tut. poss.* (1. 14.); *Isidori* Orig. IX. 5.

(4) L. 1. pr. D. *de grad. et affin.* (38. 10.)

(5) L. 10. § 13. D. *eod.*; *Brisson.* de D. S. *voce Germani.*

(6) Festo p. *Flaminia*, *Matrimes*, *Patrimes*; Servio ad *Virgil. Georg.* I. v. 8.; *Dion. Hal.* II. 22.; *Tacit. Ann.* IV. 16. *Hist.* IV. 53.; *Zosimus* II. 5.

(7) *Brisson.* de V. S.; voce *Uterini.*

chiamarsi consanguinei; ma questa espressione comprende in generale tutti i fratelli e le sorelle che hanno il medesimo padre, quantunque sieno anche bilaterali (8); 2) i fratelli e le sorelle degli ascendenti, che in alcuni rapporti sono assomigliati a costoro, *parentum loco nobis sunt* (9), il che ora si suole indicare con l' espressione che « per essi ha luogo il *respectus parentelae* » (10).

2.° Agnati e Cognati. Ai primi, il cui complesso forma la famiglia in senso proprio (11), appartengono soltanto coloro che son congiunti fra loro per via di maschi, il perchè l' agnazione suppone la procreazione legittima ed uno stipite comune, il cui nome *nomen familiae* portano tutti gli agnati (12). Per contrario i semplici cognati sono o quelli che son congiunti di sangue solo per parte di donne (13), o quelli, la cui agnazione è estinta per lo uscir dalla famiglia (14). Che anzi in senso stretto solo i maschi son tenuti per agnati (15), tra i quali talvolta i più prossimi fra tutti, i *consanguinei* vengono contrapposti agli altri (16); ma in senso più ampio l'agnazione si estende del pari alle donne (17), soltanto non possono esse trasmettere ne' loro figli il legame di famiglia, *femina est finis familiae* (18). Per rispetto agli effetti l'agnazione ed il semplice vincolo naturale del sangue vengono

(8) L. 1. § 10. 11. D. *de suis et legit.* (38. 16.); Ulp. XXVI. 1.

(9) § 5. J. *de nupt.* (1. 10.) L. 39. pr. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) Festo p. *Avunculus*, *Opiter*; *Cujacii* Observ. IX. 18.

(10) *Dirksen* Aggiunte No. 6.

(11) L. 195. L. 196. § 1. D. V. S. (50. 16.) L. 13. D. *de suis et legit.* (38. 16.

(12) *Caj* I. 156.; § 1. J. *de legit. agnat. tut.* (1.15.) § 1. J. *de legit. agn. succ.* (3. 2.) L. 4. § 2. D. *de grad. et affin.* (38. 10.) L. 7. D. *de leg. tut.* (26. 4.) *Isidori* Orig. IX. 6. l' uso dei cognomi speciali era ristretto alla primogenitura secondo una legge o Senatoconsulto che Dione Cassio, *Excerpta* ed Sturz. p. 169. pone nel Consolato di Marco Claudio, e Tito Sempronio, la cui data non si può determinare, imperocchè s' incontrano sibbene più coppie di Consoli col nome di Claudio e Sempronio, ma a nissuno di questi possono convenire quei prenomi. Forse essi sono C. *Claudius*, *Pulcher*, e *Tiberius Sempronius Gracchus* An. di R. 577.

(13) L. 10. § 6. D. *de grad. et affin.* (38. 10.); Caj. l. c.

(14) *Caj.* III. 21.; § 5. J. *de cap. minu.* (1. 16.) L. 5. § 2. L. 6. L. 11. D. *eod.* (4. 5.) confr. con *Caj.* I. 158.; L. 17. L. 55. § 1. D. *de ritu nup.* (23. 2.) L. 8. D. de R. J. (50. 17.) L. 13. L. 14. C. *de adopt.* (8. 48.) § 10. 11. J. *de haered. quae ab intest.* (3. 1.)

(15) Ulp. XI. 4. XXVI. 1.; L. 2. § 1. D. *de suis et legit*; (38. 16.)

(16) L. 1. § 9.-11. L. 2. pr. D. *eod.* L. 6. § 1. D. ad Sct. Tertull. (38. 17.); Ulp. XXVI. 1. 7.; Collat. XVI. 3. 4. 6.

(17) *Caj.* III. 23.

(18) L. 195. § 5. L. 196. § 1. D. de V. S. (50. 16.)

ancora contrassegnati come *cognatio civilis* e *naturalis* (19), perchè l'antico dritto civile avea ristretti alla agnazione quasi tutti i dritti e i doveri di parentela.

3.° Parentela di un solo o di più vincoli, secondo che tra le persone congiunte in parentela si è formato il legame del sangue per una sola o per più vie, il che può avvenire in varie guise (20).

4.° Parentela reale e finta, secondo che è fondata sulla reale comunione del sangue, o è soltanto ammessa dalla legge (21). I parenti reali si chiamano in senso stretto *naturales cognati* (22).

III. EFFETTI LEGALI.

1) *Patria potestà* (*)

A. Nozione e contenuto.

§ 92. Alla parentela vanno annessi parecchi effetti legali. Il più segnalato fra essi è la potestà paterna *patria potestas* s. *majestas* (1), la quale appartiene al più remoto ascendente superstite, durante tutta la sua vita, sopra tutti i suoi discendenti; ad essa si applica il principio dell' agnazione (2), ed originariamente si estendeva fino al dritto di vita e di morte, e per tal ragione di frequente viene anche definita come il *jus vitae et necis in liberos* (3). In quanto il fondamento del potere paterno è il naturale rapporto di protezione ed allevamento

(19) L. 4. § 2. D. *de grad. et affin.* (38. 10.)

(20) L. 10. § 4. D. *eod.*; *Klupfel* sopra le singole parti del Dritto civile. Stuttgart 1817. 8. No. 4.

(21) V. il § 90. N. 6. 8.

(22) § 2. J. *de haered. quae ab intest.* (3. 1.) L. 8. pr. D. *de in jus. voc.* (2. 4.)

(*) *Kerkraad.* Diss. *de jure patrio. Ultraj.* 1708. 8.; *Gebauer* Diss. I. e. II. de patr. pot. Goett. 1750. e 51. 4. (Exerc. Acad. T. I. p. 123. seg.); G. W. *ab Oosten de Bruyn discurs. ad Tit. J. de patr. pot. quo jus patrum in pers. ac bona liberor. ejusque var. mutat. secund. temp. seriem enarrantur.* Harlemi 1751. 8.; *C. van. Bynkershoek* de jure occid. vend. et expon. lib. apud vet. Rom. (in Opusc. var. arg. No. 3.); *Jensen.* Diss. de patr. pot. *Suerini* 1781. 8.; *Gunther* Diss. de patr. Rom. pot. ex jure dom. non repet. *Lips.* 1786. 4.

(1) *Valer. Max.* VII. 7. § 5.

(2) *Caj.* I. 55. 56. 67. 80.; Ulp. V. 1.; § 3. J. *de patr. pot.* (1. 9.) L. 19. D. *de statu hom.* (1. 5.) L. 3. D. *de his qui sui* (2. 6.) L. 18. § 1. D. *de judic.* (5. 1.) L. 4. § 2. L. 10. § 1-3. D. *de grad. et affin.* (38. 10.) L. 2. § 1. D. *de suis et legit.* (38. 41.)

(3) *Cic. pro dom. c.* 23.; *Dion. Hal.* II. 26.; Collat. IV. 8; L. 2. C. Th. *de lib. causa* (4. 8.) L. 10. C. *de patr. pot.* (8. 47.)

della prole, che noi osserviamo anche nelle bestie per rapporto a' loro figli, esso è derivato dal *jus naturale* (4), ma questo naturale rapporto ha ricevuto nel dritto romano uno svolgimento suo proprio in questo che la durata della patria potestà non è ristretta al bisogno dell' allevamento ed educazione de' figliuoli, e tutto il dritto è concentrato nelle mani del capo ascendente ad esclusione non pur della madre ma eziandio del padre medesimo, quando l' avo è tuttora in vita (5). L' attribuirsi questa istituzione ad una legge di Romolo (6) mostra la sua remota antichità; ma essa potrebbe anche ritenersi come una istituzione dell' antico dritto d' Italia (7) introdotta di poi in Roma per una consuetudine (8). Per rispetto al suo contenuto la patria potestà ha molta simiglianza con la proprietà; e nel tempo antico molti principii furono senza dubbio dalla proprietà estesi al potere paterno, al che non poco contribuì il potere affine sopra gli schiavi; intanto pare che fin da quel tempo, comunque da principio confusamente (9), fosse prevaluta quell'opinione che più tardi divenne manifesta ed evidente nel dritto romano, cioè che i figliuoli non fossero cose (10), e che la patria potestà non fosse un mero dritto privato ma una specie di potestà di magistratura, dal che proveniva che essa non si potesse ereditare, alienare, o trasmettere ad altri (11). Le principali facoltà inerenti o almeno annesse alla patria potestà oltre al dritto del padre sugli acquisti de' figliuoli (12) sono:

1.° Il potere esclusivo del padre di decidere in tutte le cose riguardanti l' educazione (13) anche nel testamento (14), quantunque gli si

(4) L. 1. § 3. D. de J. et J. (1. 1.)

(5) § 3. J. *de patr pot.* (1. 9.) L. 3. D. *de qui sui* (1. 6.)

(6) *Dion. Hal.* II. 26. 27.; Collat. IV. 8.

(7) A ciò non si oppone che Cajo I. 55.189. chiama la patria potestà un istituto proprio dei Romani, imperocchè al suo tempo tutta Italia da lunga pezza era sottoposta al dritto Romano. Del rimanente non si può con certezza decidere se la patria potestà abbia in questo modo avuto vigore presso tutti gli antichi popoli dell' Italia.

(8) L. 8. D. *de his qui sui* (1. 8.)

(9) Pauli S. R. V. 1. § 1.; L. 5. D. *quae res pign.* (20. 3.) L. 1. C. *de patrib. qui fil.* (4. 43.) L. 1. § 2. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(10) Questo si dimostra già per l' antichissima denominazione di *liberi* usata pei figliuoli per contrapporto ai *servi*.

(11) *Gunther.* l. c. I miei tratti fondamentali del sistema giuridico dei Romani § 19.21.

(12) V. il seguente §

(13) Il mio Dritto di educazione nell' Archivio per la pr. civ. vol. VIII. No. 8.

(14) L. 1. § 1. 3. L. 2. § 3. D. *ubi pupill.* (27. 2.) L. 1. § 10. D. *de inspic. ventre* (25. 4.) L. 7. pr. D. *de ann. legat.* (33. 1.)

possa togliere l'educazione de'figliuoli per sua incapacità o per cattiva condotta (15).

2.° Un esteso dritto di punizione, il quale ne' tempi più antichi comprendeva anche il dritto di punir di morte (16), appena i figliuoli erano pervenuti all'età di 3 anni (17), quantunque questo dritto fosse temperato dal costume di convocare ne' casi più gravi un tribunale di famiglia composto di parenti ed amici (18), ed in generale non si dovesse esercitare in un modo eccessivo e crudele (19); ma sotto gl'imperadori fu di molto ristretto, imperocchè il dritto di uccidere fu interamente tolto via (20), ed oltre a ciò Alessandro Severo prescrisse che trattandosi di punizioni più gravi dovessero i padri farle applicare per mezzo del giudice (21).

3.° Il dritto di alienare i figli, nel che si doveano seguire le forme della mancipazione (22), come se i medesimi fossero *res mancipi*, dal che si può argomentare che questo dritto dagli schiavi, pei quali era una conseguenza della proprietà, abusivamente fu esteso a'figliuoli (23). Per tal modo i figli cadevano nel *mancipium* (24), e pativano una *capitis diminutio minima* (25). Nondimeno pe' figliuoli l'uscita dalla famiglia non era definitiva, giacchè liberati dal compratore ricadevano nuovamente nel potere del padre, e solo dopo la terza vendita divenivano del tutto indipendenti dal padre (26). Intanto Numa avea già proibito

(15) L. 1. § 3. L. 3. § 5. D. *de lib. exh.* (43. 30.) L. un. C. *divort. facto apud quem lib.* (5. 24.) Nov. 117. c. 7.

(16) V. i luoghi citati nella n. 8. Si contengono degli esempi di quest'applicazione in *Oros.* III. 9. IV. 13. V. 16.; *Val. Max.* V. 8. § 2. 5. V. 9. § 1.; *Sallust.* in Catil. c. 39.; *Quintil.* Declam. III. 17.; *Seneca* de Clement. c. 15.; *Dio Cass.* XXXVII. p. 46.

(17) Questa limitazione si deduce da una legge di Romolo. *Dion. Hal.* II. 15. IX. 22.

(18) *Val. Max.* V. 8. § 2. 3. V. 9. § 1.; Sen. l. c.; *Klenze* op. c. p. 26. e seg.

(19) S'incontrano perciò e ben per tempo anche degli esempii di accuse e di punizioni di padri a cagione della crudeltà esercitata contro i figliuoli. *Liv.* VII. 4.; Oros. V. 16.; L. 5. D. *si a parente quis manum. sit* (37. 12.) L. 5. D. *de lege Pomp. de Parric.* (48. 9.)

(20) L. 11. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 2. D. ad leg. Corn. de Sicar. (48. 8.)

(21) L. 3. C. *de patr. pot.* (8. 47.)

(22) *Caj.* I. 117.; *Dion. Hal.* II. 27.; *Liv.* XLI. 8. J. Dat. *Datt. de vendit. liber.* (*Meermanni* Thes. T. II. p. 163. seg.)

(23) *Caj.* l. c. L. 10. C. *de patr. pot.* (8. 47.)

(24) *Caj* I. 116. 117.

(25) *Caj.* I. 162.; *Cic.* pro Caec. c. 34.; Festo p. *Deminutus.*

(26) *Caj.* I. 132. 136. II. 141. III. 6. IV. 79.; Ulp. X. 1.; *Dion. Hal.* l. c.

di vendere i figli accasati (27), e nel tempo degl' imperadori la facoltà di alienare fu quasi in tutto abolita. Diocleziano dichiarò doversi ritenere come dritto indubitato l'inammisibilità del dritto di alienare (28). Tutto al più si tolerava la vendita che si fosse fatta per indigenza e necessità (29), e pure Costantino non la permise che pei figli di recente nati *sanguinolenti*, nel qual caso riserbò anche al padre la facoltà di riscattarli (30), e Valentiniano III ne fece anzi un dovere pel medesimo (31).

4.° Il dritto della *noxae datio* quando il padre era convenuto per un delitto del figlio, e questa, finchè fu in voga, produceva i medesimi effetti che ogni altra alienazione, e dovea parimente eseguirsi mediante la mancipazione (32), ma fu totalmente abolita da Giustiniano (33).

5.° Il dritto di locar l'opera o il lavoro de' figliuoli (34).

6.° La facoltà di nominar per testamento ai figliuoli impuberi non solo un tutore (35), ma anche un erede (36); e questa nomina di erede si addimanda *substitutio pupillaris*.

7.° Finalmente la facoltà di decidere del matrimonio de' figliuoli, giacchè questi non poteano contrar matrimonio senza il consenso del padre, anzi le figliuole doveano anche maritarsi secondo la volontà di lui (37). Del resto si esclude l'applicazione della patria potestà negli affari pubblici, in cui i figliuoli possono agire senza dipendere dal padre, *in publicis causis filii familias tamquam patresfamilias habentur* (38).

(27) *Dion. Hal.* l. c.: *Plutarc.* in Numa c. 17.

(28) L. 1. C. *de patre qui fil.* (4. 43.) Di già Ulpiano dice precisamente questo medesimo nella L. 1. § 4, D. *quando de pecul. act. annalis sit.* (15. 2.)

(29) Paul. V. 1. § 1.

(30) L. un. C. Th. *de his qui sanguinol.* (5. 8.) L. 2. C. *de patre qui fil.* (4.43.)

(31) Novell. Valentin. III. tit. 34.

(32) *Caj.* IV, 75-79.; L. 3. § 4. D. *de lib. hom. exhib.* (43. 29.); *Zimmern.* Sistema delle azioni noxali § 35.

(33) § 7. J. *de noxal. act.* (4. 8.)

(34) *Paul.* V. 1. § 1. Ciò non fu abolito per la Nov. 134. c. 7. imperocchè essa proibisce soltanto ai creditori di locare i figliuoli del loro debitore. Confr. Gregor. Magni Epist. III. 43.

(35) L. 1-6. D. *de testam. tut.* (26. 2.); V. § 134.

(36) Pr. § 1-8. J. *de pupill. subst.* (2. 16.) L. 1. § 2. 3. L. 2. pr. L. 10. § 5. D. *de vulg. et pupill. subst.* (28. 6.)

(37) Pr. J. *de nupt.* (1. 10.) L. 2. 9. 10. 11. 19. D. *de ritu nupt.* (23. 2.); V. § 103.

(38) *Cic.* de invent. II. 17.; *Liv.* XXVII. 21. XXX. 19.; *Valer. Max.* II. 2. §

B. Influenza sullo stato del patrimonio (*)

a) *Principii primitivi.*

§ 93. La regola antica che l'acquisto degli *homines alieni juris* appartenga a colui nella potestà de' quali si trovano (1), valse per lungo tempo in tutta la sua estensione anche pe' figliuoli sotto la patria potestà (2), i quali per conseguenza non poterono avere alcun patrimonio loro proprio. Nondimeno del patrimonio non il solo padre si riguardava come padrone, ma anche i figli insieme con lui (3), giacchè tra il padre ed i figliuoli si ammetteva una certa unità di persona (4), la quale per vero non generalmente ma pure in molti rapporti si facea valere (5). Per conseguente i principii sugli acquisti de' figliuoli s'intendevano nel senso che gli acquisti di ciascun membro di quella persona composta cadevano in una massa comune. Ma siccome al padre come a capo di tutta l'associazione di famiglia si apparteneva l'esclusiva ed illimitata disposizione sopra tutto il patrimonio comune, così in riguardo agli effetti si potrebbe benissimo dire che tutto si acquistava a lui. Intanto fin dai primi tempi il padre solea dare o lasciare qualche cosa ai figli perchè ne avessero il godimento o l' amministrazione (6), il che i Romani chiamavano un *peculium* (7), a cui ora

1. L. 9. D. *de his qui sui* (1. 6.) L. 3. D. *de adopt.* (1. 7.) L. 77. L. 78. D. *de judic.* (5. 1.) L. 13. § 5. L. 14. pr. D. ad Sct. Treb. (36. 1.) L. 2. D. *de muner.* (50. 4.)

(*) C. *Rau.* Diss. Hist. jur. civ. *de peculiis.* Lips. 1770. 4.: *Marezoll.* nel giornale pel dritto e la procedura civile V. VIII. No. 2. 6. 9.; C. L. F. Luden *de pecul. secund. jus. Rom.* Goett 1835. 8.

(1) V. sopra § 53.

(2) Caj. II. 87. 89.; Ulp. XIX. 18. 19.; pr. § 1. 3. J. *per quas pers.* (2. 9.) pr. C. *per quas pers. obl. acquir.* (3. 28.) L. 49. § 1. D. *de adquir. poss.* (41. 2.) L. 45. pr. § 4. D. de V. O. (45. 1.)

(3) Cic. de offic. I. 17.; Caj. II. 157.; § 2. J. *de Her. qual.* (2. 14.) L. 11. D. *de lib. et posthum.* (28.2.) L. 7. pr. D. *de bon. damnat.* (48.16.); V. i miei tratti fondamentali del sistema giuridico Romano § 6.

(4) L. 11.C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.); Brunsich *de unitate personae.* Goett. 1795. 4.

(5) § 4. J. *de inutil. stip.* (3. 19.); § 6. J. *eod.* L. 4. L. 11. D. *de judic.* (5. 1.) L. 38 D. *de cond. indeb.* (12. 6.) L. 56. § 1. D. *de fidejus.* (46. 1.); § 8-10. J. *de test. ord.* (2. 10.); L. 4. § 1. L. 5. D. *de excus.* (27. 1.); L. 59. L. 60. § 6. 7. L. 66. pr. L. 67. pr. D. *de ritu nupt.* (23. 2.); L. 16. L. 17. pr. D. *de furt.* (47. 10.)

(6) Lo stesso si trova per gli schiavi L. 4. pr. L. 5. § 4. L. 6. L. 7. pr. L. 8. L.39. L. 40. D. *de pecul.* (15. 1.)

(7) Quest' espressione è una specie di diminutivo di pecunia L. 5. § 3. D. *eod.*

si suole aggiungere la qualifica di *profectitium*(8). Ciò che si da in questa guisa rimane per verità come una parte integrale del patrimonio del padre o della famiglia (9), ed il padre può sempre riprenderlo (10); ed anche alla morte de' figli ritorna per se medesimo al padre (11); ma i figliuoli profittano del godimento del *peculium*. Essi inoltre possono per le *res peculiares* agir contro i terzi, quando l'azione appartiene alle *actiones in factum* (12); i loro creditori hanno la facoltà di farsi pagare sul *peculium* (13), e se espressamente sia data a' figliuoli la libera amministrazione, allora anche le alienazioni ed altre disposizioni son valide (14), tranne solo le mere liberalità verso altri (15).

b) *Patrimonio proprio de' figliuoli.*

§ 94. Ma al tempo degl' imperadori sopravvenne un mutamento sostanziale dell'antico ordinamento delle relazioni patrimoniali.

1.° La prima innovazione venne da Augusto. 1) Questi prescrisse che i *filii familias* come soldati potessero far testamento sul patrimonio acquistato durante il loro servizio militare, la qual cosa confermarono di poi Nerva e Trajano, ed Adriano concedè loro questo dritto anche dopo il congedo dal servizio militare (1). Per questo mezzo si

(8) Quest'aggiunta è presa dalla *dos profectitia* (§ 110). Nella L. 37. pr. C. *de inoff. test.* (3. 28.) vien denominato *peculium paganum* (§ 94.) per opposizione al *peculium militare*.

(9) § 1. J. *per quas pers.* (2. 9.) pr. J. *quib. non est perm. fac test.* (2. 12.) L. 3. § 4. D. *de min.* (4. 4.) L. 37. § 1. D. *de adq. pr. dom.* (41. 1.) L. 1. § 5. L. 4. D. *de adquir. poss.* (41. 2.)

(10) L. 4. pr. L. 8. L. 45. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 7. C. *sol. matr.* (5. 18.)

(11) L. 1. § 3. 4. D. *quando de pecul. act. ann. sit* (15. 2.)

(12) L. 13. D. de O. et A. (44. 7.)

(13) L. 1. 41. L. 44. L. 45. D. *de pecul.* (15. 1.)

(14) L. 20-22. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 18. § 4. L. 19. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 46. L. 48. D. *de pecul.* (15.1.) L. 34. pr. D. *de novat.* (46.2.) L. 35. D. *de solut.* (46. 3.) L. 10. C. *quod cum eo* (4. 26.) confr. con la L. 16. 23. 25. D. *de novat.* (46. 2.)

(15) L. 28. § 2. D. *de pact.* (2. 14.) L. 7. D. *de donat.* (39. 5.) L. 1. § 1. D. *quae res pign.* (20. 3.)

(1) Pr. J. *quib. non est perm. fac test.* (2. 12.) confr. L. 2. § 3. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 92. D. ad leg. Falc (35. 2.) L. 18. pr. D. *de stip. serv.* (45. 3.) L. 4. § 2. D. *de castr. pecul.* (49.17.). In Ulpiano XX. 10., dove l'introduzione del *peculium castrense* viene attribuita al Divus Augustus Marcus debb' esservi qualche alterazione, imperocchè egli è certo che per lo meno Adriano di già conosceva il *peculium castrense* L. 13. L. 16. pr. L. 19. § 3. D. *eod.* confr. anche Cajo II. 106. e Giovenale Sat. XVI. v. 51.

fermò il principio che i *filii familias* in riguardo a quel patrimonio (pel quale venne in uso la denominazione di *peculium castrense*) si dovessero considerare come *patres familias* (2), e quindi ne potessero illimitatamente disporre (3), ed in questo peculio fu compreso oltre la paga ed il bottino anche quello che il padre o altri dava al soldato per fornirsi delle cose necessarie (4), ciò che il soldato riceveva per donazione o per successione dalle persone alle quali il suo servizio militare lo associava (5), e ciò che ereditava dalla sua moglie (6). Ma con tutto che si dica che il padre non avesse alcun dritto sul *peculium castrense* (7), pure questo principio valeva solo in favore del figliuolo medesimo; il perchè se questi moriva senza averne disposto per testamento, esso ricadeva al padre (8), e lo stesso avveniva, se il figliuolo per un delitto ne dovesse venir privato (9). 2) Somiglianti principi furono più tardi applicati a ciò che i *filii familias* come impiegati acquistavano pel loro ufficio in soldo, emolumenti etc., dal che questo patrimonio ebbe il nome di *peculium quasi castrense*, di cui la prima volta si trova fatta menzione in Ulpiano (10). Questa estensione pare che da prima fosse seguita per un decreto del Senato (11), ed in origine riguardava

(2) L. 2. D. ad Sct. Mac. (14. 6.) L. 6. § 13. D. *de injusto* (28. 3.) L. 98. § 3. D. *de solut.* (46. 3.) Non si oppone la L. 10. pr. D. ad Sct. Tertull. (38. 17.) quando si confronti con la L. 1. L. 2. L. 17. pr. L. 19. § 3. D. *de castr. pec.* (49. 17.) Secondo Giovenale Sat. XVI. 51. pare che il *peculium castrense* fosse libero da imposte. confr. L. 3. § 1. C. Th. *de priv. eor. qui in sacr. pal.* (6. 35.)

(3) L. 4. § 1. L. 5. L. 19. § 3. D. *de castr. pec.* (49. 17.) L. 2. L. 3. C. *eod.* (12. 37.) L. 7. § 6. D. *de donat.* (39. 5.) L. 2. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 8. pr. D. *de procur.* (3. 3.)

(4) L. 3. L. 4. pr. L. 6. L. 11. L. 15. pr. D. *de castr. pec.* (49.17.) L. 1. C. *eod.* (12. 3.) L. 4. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 3. § 4. D. *donat. inter.* V. et U. (24. 1-); Paul. S. R. III. 4. § 3.

(5) L. 5. L. 11. D. *de castr. pec.* (49. 17.) L. 1. L. 4. C. *eod.* (12. 36.) confr. con la L. 4. L. 8. L. 16. § 1. D. *eod.*

(6) L. 13. L. 16. pr. D. *eod.*

(7) L. 3. C. *eod.*

(8) L. 1. L. 2. L. 17. pr. L. 19. § 3. D. *eod.*

(9) L. 3. C. *de bonis proscript.* (9. 49.)

(10) L. 32. § 17. D. *de don. inter.* V. et U. (24. 1.) L. 1. § 6. D. ad Sct. Treb (36. 1.) L. 3. §. 5. D. de B. P. (37. 1.) L. 1. § 15. D. *de collat.* (37. 6.) L. 7. § 6. D. *de donat.* (39. 5.) L. 52. § 8. D. *pro socio* (17. 2.) T. *Valckenaer* tiene per interpolati questi passi di Ulpiano Diss. de pec. quasi castr. vet. ICti incognito ejusque vera orig. L. B. 1780. 4.

(11) § 6. J. de mil. test. (2. 11.) Le *anteriores leges* che qui son contrapposte alle costituzioni possono per l'epoca imperiale accennar soltanto ai senatoconsulti.

soltanto i Proconsoli o Presidi delle province ed i Prefetti delle legioni (12), ma dipoi fu ampliata di molto per le costituzioni degl'imperadori Cristiani. Queste estensioni da Costantino in poi si applicarono successivamente ai Palatini (13), agli Assessori (14), agli Avvocati(15), agli Ecclesiastici (16) ed ai Silenziarii (17). In fine fu tenuta come regola generale che tutti coloro i quali esercitavano un pubblico uficio, ed in ispezialtà anche i professori di studi liberali ed i medici potessero avere un *peculium quasi castrense* (18), e Giustiniano il quale a tutti i possessori di un tal peculio diede licenza di poterne disporre per testamento, il che prima non era permesso a tutti (19), aggiunse ancora che le donazioni fatte dall' imperadore o dall'imperadrice a'figli sotto la patria potestà si dovessero riguardare come *peculium quasi castrense* (20).

2.° Ma un'altra più radicale innovazione dell' antico dritto fu quella per la quale, prescindendo dal servizio dello Stato, potè formarsi un patrimonio proprio de'figliuoli anzi anche delle figliuole. 1) Il primo germe di ciò si potrebbe ricercare nelle due massime di origine ignota, A. che nell'acquisto de'dritti di patrimonio strettamente personali il padre ottenga solamente l' esercizio ed il godimento, ma il dritto stesso stia nella persona de' figliuoli (21), e B. che la dote ricaduta ad una figliuola già stata maritata sia da riguardare come un suo speciale patrimonio (22). 2) A ciò seguì una serie di costituzioni per le quali certi determinati acquisti de' figliuoli furono a loro medesimi attribuiti, quantunque in diverso grado. A. Nel caso che un padre avesse ricevuto una successione col peso di restituirla ai figli quando fossero usciti dalla sua potestà, un rescritto di Adriano diede ai figli il dritto di domandarne immediatamente la restituzione, se il padre infedelmente ammini-

(12) L. 37. pr. C. *de inoff. test.* (3. 28.)
(13) L. 3. L. 15. C. Th. *de priv. eor. qui in sacro palat.* (6. 35.); L. 2. C. *eod.* (12. 29.) L. un. C. *de castr. palat. pec.* (12. 31.)
(14) L. 2. C. Th. *de assessor.* (1. 21.); L. 7. C. *eod.* (1. 51.)
(15) L. 6. C. Th. *de postul.* (2. 10.); L. 4. 5. 7. 14. C. *de adv. div. jud.* (2. 7.) Nov. Valentin. III. tit. 11. (de postulando) § 4.
(16) L. 34. L. 50. C. *de episc.* (1. 3.) Nov. 123. c. 19.
(17) L. 5. C. *de silentiar.* (12. 16.)
(18) L. 37. pr. C. *de inoff. test.* (3. 28.)
(19) L. 37. C. cit.
(20) L. 7. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)
(21) L. 3. § 7. D. *de minor.* (4. 4.) confr. con la L. 17. C. *de usufr.* (3. 33.)
(22) L. 3. § 5. D. *de minor.* (4. 4.) L. 2. § 1. 2. L. 3. L. 4. L. 22. § 1. L. 34. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 2. C. eod. (5. 18.); Ulp. VI. 6. confr. Nov. 97. c. 5.

strasse, e quindi di posseder questo patrimonio con la stessa indipendenza con la quale un soldato possiede il suo *peculium* (23). B. Antonino Pio permise a' figliuoli di un demente di adire essi medesimi le successioni che loro ricadessero, e di disporne a loro piacimento come se fossero *patresfamilias* (24). C. Costantino dispose che quando i figliuoli succedevano alla madre, la proprietà di questi beni materni spettasse ad essi, ed al padre dovesse appartener soltanto l'amministrazione ed il godimento (25); D. Graziano Valentiniano II. e Teodosio I. estesero questa disposizione al patrimonio ereditato dagli ascendenti materni *bona materni generis* (26), E. Onorio ed Arcadio anche alle donazioni e legati provenienti da queste medesime persone (27), e F. Teodosio II e Valentiniano III a tutto ciò che i figliuoli maritati acquistassero dal loro conjuge (28). 3) Finalmente Giustiniano abbandonò in tutto l'antico principio sugli acquisti de' figliuoli ed elevò a regola generale la disposizione di Costantino sui beni materni; imperocchè egli prescrisse che per rispetto a ciò che il padre dia a' figliuoli, e che i figliuoli acquistino nel servigio militare o dello Stato dovesser continuare ad aver forza gli antichi principi sopra i peculi (29), ma rispetto a tutti gli altri acquisti de' figliuoli si dovesse applicar la nuova regola che il padre ne abbia l'amministrazione e le rendite, ma la proprietà appartenga ai figli (30). Per questo patrimonio non ci ha un nome particolare, nondimeno al presente si chiama *peculium adventitium* (31), e si divide in *peculium ordinarium* s. *regulare* ed *extraordinarium*, perchè in certi casi il padre non ottiene neppure quel dritto di godimento che ordinariamente gli spetta. Questo, oltre ai due casi determinati da Adriano ed Antonino Pio (32), ha luogo quando i figliuoli ac-

(23) L. 50. D. ad Sct. Treb. (36. 1.) confr. L. 16. § 11. D. *eod.*

(24) L. 52. pr. D. *de adquir. her.* (29. 2.)

(25) L. 1. L. 2. C. Th. *de matern. bon.* (8. 18.); L. 1. C. *eod.* (6. 60.) La L. 4. C. Th. eod. di Costantino non immutò nulla in questo, ma riguardò soltanto la successione nei beni materni alla morte dei figli.

(26) L. 6. C. Th. *eod.*

(27) L. 7. C. Th. *eod.*; L. 2. C. *eod.*; Consult. vet. ICti § VII.

(28) L. un. C. Th. *de bon. quae fil.* (8. 19.); L. 1. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.); Nov. Theod. II. Tit. 14. § 8. *confr.* L. 2-5. C. *eod.*

(29) L. 6. pr. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.); § 1. J. *per quas pers.* (2. 9.)

(30) L. 6. pr. § 1. L. 8. pr. § 3-7. C. *eod.* § 1. J. *eod.*

(31) Per analogia dalla *dos adventitia* § 110.

(32) Ved. la nota 23. e 24. Nondimeno per rapporto a questi due casi si può aver qualche dubbio, imperciocchè Giustiniano nella L. 6. L. 8. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) non eccettua dalla sua nuova regola che il solo *peculium castrense* e *profectitium*, e

cettano un'eredità contro la volontà del padre (33), quando ereditano dai loro fratelli o dalle sorelle (34), quando si fa loro una donazione o un legato con la disposizione che il padre non abbia ad ottenere alcun dritto (35), o quando per punire i genitori di un illegale divorzio si deferisce a' figliuoli qualche cosa del loro patrimonio (36); per contrario un altro caso introdotto da Costantino, quando cioè il padre che godeva i *bona materna* de' suoi figliuoli contraeva un secondo matrimonio (37) fu più tardi abrogato (38).

C. Mezzi giuridici per rapporto alla patria potestà.

§. 95.

1.° Quando alcuno ritiene i figliuoli altrui può il padre rivendicarli in un giudizio ordinario, che secondo l'antico dritto romano era pel padre la sola via di riavere i suoi figliuoli, ma si richiedeva che egli non si servisse della formola di revindicazione adoperata per le cose « *haec res mea est ex jure Quiritium* » ma sibbene della formola «*hic filius meus est e. j.* Q. (1); nondimeno gli competono anche due interdetti che hanno soppiantata l'antica *vindicatio liberorum:* 1) *L' interdictum de liberis exhibendis* (2) per la restituzione del figliuolo insiem con gli acquisti (3), e 2) l'*interdictum* proibitorio *de liberis ducendis* per vietare la resistenza quando il padre, quantunque la sua potestà sia stata già riconosciuta, o dichiarata con l' *interdictum de liberis exhibendis*, venga impedito dal menar via il suo figliuolo (4).

2.° Contro gli stessi figliuoli può il padre per far valere la sua potestà adoperare la propria autorità, il che è un effetto naturale della *potestas*, ma quando i figli non solo impugnano la potestà, ma si trova-

però a rigore oltre a questo non si debbono ammettere altre eccezioni dalla regola se non quelle che più tardi egli medesimo vi fece.

(33) L. 8. pr. § 1. C. *eod.*

(34) Nov. 118. c. 2.

(35) Nov. 117. c. 1.

(36) Nov. 134. c. 11.

(37) L. 3. C. Th. *de bon. mat.* (8. 18.)

(38) La L. 10. C. Th. *eod.* di Teodosio II. suppone già che la disposizione di Costantino non sia più in vigore, e forse essa medesima l'abolì; *Zimmern* Storia del dritto § 187. è su tal proposito inesatto.

(1) L. 1. § 2. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(2) Non è ben fondato ciò che alcuni sostengono che questo interdetto non abbia luogo se non quando la potestà in sè stessa non sia contrastata. L. 5. D. *de lib. exhib.* (43. 30.)

(3) L. 1. D. *de lib. exhib.* (43. 30.) L. 1. § 1. D. *de inspic. ventre* (25. 4.)

(4) L. 3. D. *de lib. exhib.* (43. 30.)

no anche di fatto in possesso della indipendenza, dee il padre promuovere un'azione per far riconoscere la sua potestà, il che però è agevolato per la circostanza che qui ha luogo la *extraordinaria cognitio praetoris* (5), eccetto quando il preteso *filiusfamilias* possiede una eredità a lui deferita, nel qual caso il padre deve intentar contro di lui l'*interdictum de liberis ducendis* (6), che in altri casi si può solo adoperare contro i terzi (7).

3.° Se i figliuoli si rendono attori sostenendo la loro indipendenza, questa contesa appartiene del pari alla *extraordinaria cognitio praetoris*, ma i figliuoli in ogni caso o che si trovino nel possesso della libertà o no, debbono sostenere il carico della pruova che essi sieno *sui juris* (8). Del rimanente la patria potestà può anche mediatamente formar materia di una lite nel caso che il padre non voglia riconoscere i figliuoli. In questo caso l'azione appartiene sempre alle azioni pregiudiziali, poco importando se si agisca contro il padre pel riconoscimento, o se invece egli si renda attore ed impugni la paternità (9).

D. Derivazione della potestà.

a) *Dalla procreazione.*

(Legittimazione).

§ 96. Il regolare fondamento onde deriva la patria potestà è la procreazione de' figliuoli in un legittimo matrimonio. Secondo il principio che la potestà appartiene al capo ascendente sopra tutti i suoi discendenti che gli sono agnati (1), essa si estende non solo ai propri figli ma anche ai figli de' figli, nipoti etc. (2); ma siccome i padri giuridicamente non possono aver figliuoli illegittimi (3), così l'immediata derivazione della patria potestà presuppone sempre l'esistenza di un ma-

(5) L. 3. § 3. 4. D. *eod.* L. 1. § 2. D. *de rei vind.* (6. 1.)
(6) L. 3. § 3. D. *de lib. exhib.* (43. 30.)
(7) L. 4. D. *eod.* L. 1. C. *eod.* (8. 8.)
(8) L. 8. D. *de probat.* (22. 3.) Confr. L. 14. D. *eod.* L. 7. § 5. D. *de liberali causa* (40. 12.)
(9) § 13. J. *de act.* (4. 6.) Confr. con la L. 1. § 8-13. L. 3. D. *de agn. et alend. lib.* (25. 3.)
(1) V. sopra § 92. N. 2.
(2) § 1. 3. J. *de patr. pot.* (1. 9.) L. 3. D. *de his qui sui* (1. 6.); *Ulp.* V. 1.; Cajus I. 55.
(3) V. sopra § 90, N. 3.

trimonio valido (4). Intanto è sufficiente che il matrimonio sussisteva al tempo della generazione, ancorachè dipoi si fosse sciolto (5); di più in taluni casi può rimediarsi alla mancanza di un legittimo matrimonio e far sorgere suppletoriamente la patria potestà sopra i figliuoli (6). Ciò avviene:

1.° Pe'matrimoni invalidi o almeno non pienamente validi, allorchè per un *privilegium* o in altra guisa son convalidati (7), al che presso i Romani apparteneva in ispezialtà (8) la *causae probatio* (9) finchè fu in uso (10), ed in generale il caso che i conjugi non romani ottenessero la cittadinanza (11), la qual cosa però Adriano restrinse col disporre che nel caso che un peregrino impetrasse la cittadinanza, la potestà sopra i figliuoli dovesse essere specialmente implorata e conceduta (12).

2.° Ma il medesimo può anche incontrare per le unioni fuori di matrimonio, giacchè anche i figliuoli procreati da questi congiungimenti possono acquistar la relazione di figliuoli legittimi, il che oggi dicesi *legittimazione*, e può avvenire in più guise, delle quali 1) tre si rapportano solamente a'figliuoli procreati nel concubinato (13) *liberi naturales*, cioè la *legitimatio per subsequens matrimonium*, *per rescriptum principis*, *e per curiae dationem*. A. Costantino pare che fosse il primo a disporre che quando alcuno sposa la sua concubina, questo debba produrre effetto anche pe' figliuoli precedentemente procreati, elevandosi costoro alla condizione di figli legittimi, purchè la concubina sia una persona ingenua, e non appartenga ad un ceto vile o infame (14). L' imperadore Zenone rinnovò questa disposizione

(4) Caj. I. 55-57. pr. J. *de patr. pot.* (1. 9.)
(5) Caj. I. 90. 91; *Ulp.* V. 10.; pr. § 1. D. *de inspic. ventre* (25. 4.)
(6) Caj. I. 65.; § 13. J. *de nupt.* (1. 10).
(7) L. 46. D. *de adopt.* (1. 7.) L. 57. § 1. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) L. 68. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 25. C. *de don. inter.* V. et U. (5. 16.).
(8) V. La mia st. § 82.
(9) Caj. I. § 65-80. III. 5.
(10) Probabilmente lo scomparire della *causae probatio*, della quale non s'incontra veruna traccia nel dritto di Giustiniano fu una conseguenza dell'estensione della cittadinanza fatta da Caracalla (V. la mia st. § 67. N. IV.)
(11) Caj. I. § 92. 95. 96.
(12) Caj. I. § 93. 94.
(13) V. più appresso § 118.
(14) L. 6. C. *de natur. lib.* (5. 27.) *Confr.* con la L. 1. C. eod. ovvero L. 2. C. Th. eod. (4. 6.). Da questi passi si fa manifesto con sicurezza soltanto che Costantino avesse ristretta la legittimazione pel susseguente matrimonio alle concubine ingenue ed irreprensibili, ma non già che egli l'avesse introdotta.

con la restrizione che non vi dovessero esser figli legittimi di un precedente matrimonio (15), il che ripetè anche Anastasio (16), e Giustiniano sopra un dubbio che era insorto aggiunse la dichiarazione che i figliuoli generati dopo il matrimonio non doveano godere alcuna preferenza rispetto ai legittimati (17), e che la legittimazione si estendeva anche ai figliuoli conceputi prima del matrimonio ma nati nel matrimonio quantunque troppo presto, avuto riguardo al tempo della celebrazione del medesimo (18). Oltre a ciò egli dispose che l'esistenza di figliuoli legittimi di un precedente matrimonio non dovesse più esser d'impedimento alla legittimazione (19), ed estese questa anche al matrimonio delle concubine fatte libere (20). B. Probabilmente ebbe del pari origine da Costantino la disposizione che un padre potesse per rescritto del Principe far dichiarare legittimi i figliuoli avuti da una concubina (21). Ma bisogna dire che ciò fosse dipoi andato in disuso, giacchè Giustiniano attribuisce a se il vanto di avere introdotto questo modo di legittimazione. (22). Secondo la disposizione di Giustiniano questa legittimazione presuppone che non esistano figliuoli legittimi, e che la legittimazione per mezzo del matrimonio non sia possibile, ma nondimeno può domandarsi anche dagli stessi figliuoli della concubina, quando il loro padre premorto ne abbia loro data licenza nel suo testamento (23). C. Teodosio II. e Valentiniano III. diedero al padre un altro mezzo di effettuare la legittimazione de' figliuoli della sua concubina facendo iscrivere i figli nell' *ordo Decurionum* del suo Comune o collocando le figlie in matrimonio coi decurioni di questo Comune, in quanto donasse loro o lasciasse per legato una parte del suo patrimonio (24). La disposizione la quale su tal proposito s'incontra, cioè che i figliuòli non si possano sottrarre alla Curia rinunciando al patrimonio acquistato dopo che una volta l'hanno accettato, fu di nuovo confermata da Leone ed Antemio (25).

(15) L. 5. C. *eod.*
(16) L. 6. C. *eod.*
(17) L. 10. C. *eod.* Nov. 19.
(18) L. 11. C. *eod.* § 13. J. *de nupt.* Nov. 18. c. 11. Nov. 89. c. 8. § 1. Confr. sopra § 14. N. 18.
(19) Nov. 12. c. 4.
(20) Nov. 18. c. 11. Nov. 78. c. 4. Nov. 89. c. 8.
(21) L. 1. C. *de nat. lib.* (5. 27.)
(22) Nov. 74. *prooem.* c. 1.
(23) Nov. 74. c. 2.
(24) L. 3. C. *de natur. lib.* (5. 27.) § 13. J. de nupt. (1. 10.)
(25) L. 4. C. *eod.*

come pure da Giustiniano, il quale nel tempo stesso regolò più particolarmente la successione ne'casi di legittimazione di siffatta specie(26). 2) Ma Giustiniano in fine ha dato alla legittimazione una estensione anche maggiore disponendo che quando alcuno in un pubblico titolo o nel suo testamento riconosce per suoi figli, senza aggiungere la qualità di naturali, i figliuoli procreati con una donna libera, con la quale avrebbe potuto contrar matrimonio, si debba fingere che vi sia stato matrimonio con la madre, ed i figliuoli per conseguenza si debbano ritener come legittimi (27). Del rimanente si comprende di leggieri che la legittimazione non produce la patria potestà se non quando si effettua vivendo il padre, e non già quando ha luogo, per effetto di disposizioni testamentarie, dopo la morte del medesimo (28). E si dee pure aggiungere che essa non produce mai effetto senza il consenso de' figliuoli da legittimarsi, il che fu espressamente detto da Giustiniano (29), ma già prima era di regola (30). La legittimazione per la iscrizione nella Curia ha inoltre questo di proprio che essa produce la legittimità solo relativamente al padre, e non già per rispetto ai parenti paterni (31), quantunque anche da essa risulti una vera patria potestà (32).

b) *Dall' adozione* (*).

§ 97. Ma la potestà paterna può ben derivare da un mezzo puramente giuridico cioè ricevendo formalmente alcuno in luogo di figlio, e questo atto si distingue in adozione propriamente detta ed arrogazione, secondo che l'adottato sta sotto la patria potestà di un altro, o è già divenuto *sui juris* (1). In amendue questi modi si può adottare alcuno non solo in luogo di figliuolo o figliuola, ma anche di nipote e pronipote (2). In amendue si richiede sempre il consenso dell'adottato, il quale però pei fanciulli al di sotto di 7 anni vien presunto (3), si

(26) L. 9. C. *eod.* Nov. 89. c. 2-4.
(27) Nov. 117. c. 2.
(28) L. 9. pr. C. *eod.* Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 2. Nov. 117. c. 1.
(29) Nov. 89. c. 11.
(30) L. 11. D. *de his qui sui* (1. 6.)
(31) Nov. 89. c. 4.
(32) § 13. J. *de nupt.* (1. 10.)
(*) *Schmidt* La teorica dell'adozione. Jena 1825. 8.
(1) L. 1. L. 2. pr. D. *de adopt.* (1. 7.) pr. § 1. J. *eod.* (1. 11.); Caj. I. 98. 99.
(2) L. 6. L. 10. L. 11. L. 37. pr. L. 43. L. 44. D. *eod.* § 7. J. *eod.*; Theoph. I. 11. § 5.
(3) L. 5. L. 42. D. *eod.*

richiede pure che l' adottante non sia castrato (4), ed anche, secondo il dritto più recente, che abbia almeno 18 anni di più della persona che vuole adottare (5). Giustino e Giustiniano hanno anche aggiunta la limitazione che non si possano adottare i figliuoli naturali che possono esser legittimati (6). Nel resto si dee far distinzione tra l' arrogazione e l'adozione.

1.° Per l' arrogazione la quale richiese l' approvazione del potere legislativo, fino ai tempi dell' impero faceva mestieri di una legge del popolo, e però l' arrogazione si faceva ne' comizi, ma per verità solo ne' comizi calati che due volte l'anno in certi determinati giorni si tenevano dalle Curie sotto la presidenza del pontefice massimo, per la ratificazione ed approvazione di affari giuridici (7), ma da ultimo 30 littori rappresentarono le 30 Curie (8). Quì l' adottante, e colui che si voleva arrogare doveano comparir di persona (9), il perchè fin tanto che questa forma fu in uso era impossibile l' arrogazione delle donne e degl' impuberi (10), e dopochè aveano amendue dichiarata la loro volontà, il pontefice massimo richiedeva dall'assemblea l'approvazione, *rogabat populum*, dal che appunto l'arrogazione ebbe il suo nome (11). Ma sotto gl' imperadori si ritenne anche come sufficiente l' approvazione del principe mediante un rescritto, e questa forma che si poteva benissimo applicare alle donne ed agl' impuberi (12) a poco a poco fece andar in disuso l'antica (13). Nondimeno all' arrogazione deve ancora precedere un esame che prima apparteneva al collegio dei pontefici (14), ma di poi almeno a' tempi di Diocleziano era già tras-

(4) L. 2. § 1. L. 40. § 2. D. *eod.* § 9. J. *eod.*; *Caj.* I. 103.; Theoph. I. 11. § 9.

(5) L. 40. § 1. D. *eod.*; § 4, J. *eod.* *Confr.* con *Cic. pro domo* c. 13. 14.; *Gell.* V. 19. Caj. I. 106. L. 15. § 3. L. 23. D. *eod.*

(6) L. 7. C. *de nat. lib.* (5. 27.) Nov. 74. c. 3. Nov. 89. c. 11. § 2.

(7) Cic. pro domo c. 13-15.; *Sueton.* in Octav. c. 65. 101., in Tiber. c. 15.; Gell. V. 19. XV. 27.; Tacit. Hist. I. 15.; Caj. I. 99-101.; Ulp. VIII. 2.; Theoph. II. 10. § 1.; Dio Cass. XXXIX. p. 97. XLV. p. 272.

(8) Cic. de lege agrar. II. 12. Non è quindi da far le maraviglie se l'Imperatore Galba riguardò come sufficienti i suoi soldati riuniti, ed innanzi a questi arrogò un figliuolo. Sueton. in Galba c. 17.

(9) L. 24. L. 25. § 1. D. de adopt. (1. 7.)

(10) Gell. V. 19.; Caj. I. 101. 102.; Ulp. VIII. 5. L. 2. D. de R. J. (50. 17.)

(11) Cic. *pro domo* c. 29.; Gell. V. 19.

(12) Caj. I. 102.; Ulp. VIII. 8.; L. 21. D. *de adopt.* (1. 7.)

(13) L. 2. pr. D. *eod.* L. 2. L. 6. L. 8. L. 10. § 5. C. *eod.* (8. 48.) § 1. J. *eod.* (1. 11.); Theoph. I. 11. § 3.; Vopiscus in Aureliano c. 14.

(14) *Cic. pro domo* c. 13. 14.; Gell. V. 19.; Tacit. Hist. 1. 15.; Caj. I. 102.

ferito al tribunale dell' adottante (15), per vedere se vi fosse nulla da opporre in contrario. Questo esame dee principalmente aggirarsi a conoscere se i tutori dell'arrogando, il cui consenso sotto Claudio fu dichiarato necessario, abbiano consentito (16); se l'arrogante abbia già de'figliuoli, o non abbia ancora l' età di 60 anni, nel qual caso l'arrogazione non si dee permettere che per particolari ragioni (17); se il medesimo amministri anche la tutela sulla persona da arrogare, e voglia per mezzo dell' arrogazione evitare la resa del conto (18), se vi sia qualche scopo vituperevole o interessato (19), ed in generale se l' arrogazione possa tornar dannosa all'arrogando (20). Secondo il dritto antico si dovea anche badare che un libertino non acquistasse per l'arrogazione i dritti d'ingenuità (21), ma soprattutto che la famiglia dell' arrogando non si estinguesse con lui, e così venissero a finire i *sacra privata* della famiglia (22). Imperocchè l' arrogato patisce una *capitis diminutio minima* (23), e per tal ragione nel tempo del paganesimo dovea con una solenne *sacrorum detestatio* sciogliersi dai *sacra* della sua famiglia (24). Per contrario egli entra pienamente come un figlio naturale non solo sotto la potestà dell' arrogante (25), ma anche nella famiglia di lui e ne prende il nome (26), senza che perciò sia necessario il consenso de'parenti (27), ad eccezione del figlio, a cui per l' arrogazione di un nipote venga a darsi un figliuolo (28). Se l' arrogato ha figliuoli, questi lo seguono e diventano nipoti dell' adottante (29). Prima di Giustiniano ricadeva anche al medesimo tutto il pa-

(15) L. 2. C. de adopt. (8. 48.)
(16) L. 8. D. *eod.* L. 5. C. *de auctor. praest.* (5. 59.)
(17) L. 15. § 2. 3. L. 17. § 2. 3. D. *de adopt.* (1. 7.) L. 3. C. *eod.* Cic. l. c.
(18) L. 17. pr. D. *eod.*
(19) L. 17. pr. § 1. 4. D. *eod.*
(20) L. 17. § 2. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*
(21) Gell. V. 19. L. 15. § 3. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*
(22) Cic. l. c.
(23) L. 3. pr. D. *de cap. min.* (4. 5.)
(24) *Servius ad Aeneid.* II. v. 156.; Cic. Orat. c. 42.; Gell. VI. 12. XV. 27. Dio Cass. XXXIX. 5.
(25) Caj. I. 107.; Gell. V. 19.; L. 2. § 2. L. 40. pr. D. *de adopt.* (1. 7.)
(26) L. 10. § 5. C. *eod.*; Tacit. Ann. XI. 11. XII. 25. 26.; Plin. Epist. VIII 18.
(27) L. 7. D. *eod.*
(28) L. 6. L. 11. D. *eod.*
(29) Caj. 1. 107.; Ulp. VIII. 8.; § 11. J. *eod.* L. 2. § 2. L. 15. pr. L. 40. pr. D. *eod.*

trimonio dell'arrogato (30) senza i debiti però (31), cosicchè i creditori aveano mestieri della *restitutio propter capitis diminutionem* per essere soddisfatti (32). Ma Giustiniano in conformità delle sue nuove disposizioni sugli acquisti de' figliuoli (33) prescrisse che l' arrogante non debba ottenere che il solo usufrutto del patrimonio (34), e debba inoltre essere obbligato a pagare i debiti (35). È da riguardarsi come una inconseguente singolarità il non tener conto de'figliuoli adottivi ne' casi in cui sono annessi de' vantaggi all' aver figli, il che per un senato consulto sotto Nerone fu da prima stabilito soltanto per le adozioni simulate (36), ma più tardi divenne principio generale (37); è anche una inconseguente singolarità che i figli adottivi insieme col domicilio dell' arrogante conservino anche il loro antico domicilio (38); e partecipino dello stato e condizione dell' arrogante, se ciò torna loro vantaggioso (39), ma se il loro stato è più elevato, lo conservino tuttavia (40). Molte disposizioni particolari furono anche date per l' arrogazione degl' impuberi in un Rescritto di Antonino Pio indirizzato al collegio de' pontefici (41). Essa può permettersi soltanto a parenti o a persone di intima amicizia (42) e coll' obbligo di dar cauzione di restituire agli eredi dell'arrogato il patrimonio del medesimo, quando questi venisse a morire prima di giungere alla pubertà (43). Ancora l'adottante non può emancipare l' arrogato senza forti ragioni, ma deve per contrario emanciparlo quando

(30) Caj. III. 82.; pr. § 1. J. de adq. per arrog. (3. 10.) L. 15. pr. D. *de adopt.* (1. 7.)
(31) Caj. III. 83.
(32) V. sopra § 89.
(33) V. sopra § 91. N. 30.
(34) § 2. J. *de adquis. per arrog.* (3. 10.)
(35) § 2. J. *eod.*
(36) Tacit. Ann. XV. 19.
(37) L. 2. § 2. D. *de vacat. mun.* (50. 5.) L. 51. § 1. D. *de legat.* III. (32.) L. 76. D. *de condit. et dem.* (35. 1.)
(38) L. 15. § 3. L 17. § 9. D. *ad municip.* (50. 1.) L. 7. C. *de adopt.* (8. 48.)
(39) L. 13. D. *eod.* L. 5. L. 6. pr. D. *de Senator.* (1. 9.) L. 32. D. *de ritu nupt.* (23. 2.)
(40) L. 6. § 1. D. *de Senat.* (1. 9.) L. 35. D. *de adopt.* (1. 7.). L'apparente contradizione che i Patrizii si facessero adottare dai plebei per divenire Tribuni, *Cic. pro domo* c. 13. *Suetom. in Tib.* c. 2. Dio Cass. XXXVIII. 12. XLII. 29. si dichiara dai passi arrecati nella precedente nota. L'adottato rimaneva Patrizio, e poteva passare anche per plebeo, sebbene per Clodio ciò non fu riconosciuto. Dio Cass. XXXIX. p. 97.
(41) Caj. I. 102; Ulp. VIII. 5.
(42) L. 17. § 1. D. *de adopt.* (1. 7.)
(43) L. 18-20. D. *eod.* § 3. J. *eod.* L. 2. C. *eod.*; Theoph. I. 11. § 3.

l'arrogato divenuto pubere il richiegga, ed in ambedue i casi dee restituirgli il suo patrimonio (44), e quando l'arrogante muore, o lo ha senza ragione emancipato, spetta all'arrogato oltre il suo proprio patrimonio anche un quarto (*Quarta divi Pii*) del patrimonio del padre adottivo (45).

2.° La forma antica dell'adozione in senso stretto, la quale richiede il consenso del padre naturale (46), dipende da ciò che la patria potestà è un dritto in se stesso inalienabile (47), cosicchè sarebbe stato impossibile trasferirla in altri, se l'abuso introdotto della vendita de'figliuoli non ne avesse presentato il mezzo. In fatti il padre naturale cominciava dal vendere in apparenza il figlio per scioglierlo dalla sua potestà; i figli doveano a tal fine esser venduti per tre volte (48), il compratore detto *fiduciarius pater* le prime due volte conformemente a ciò che si era convenuto liberava il figlio, ma la terza volta lo rimancipava al padre, il quale allora lo rilasciava all'adottante mediante la *in jure cessio* fatta innanzi ad un magistrato competente per la *legis actio* (49); ma per le figlie e pei nipoti la rimancipazione e la *in jure cessio* poteva aver luogo subito dopo la prima vendita (50). Più tardi si abbreviò questa procedura permettendosi che il compratore potesse direttamente emancipare il figlio all'adottante (51). Ma Giustiniano in fine rese anche più semplice questa forma disponendo che il padre naturale e l'adottivo si debbano soltanto presentare col figliuolo innanzi al magistrato e far registrare sul protocollo che il figliuolo del primo debba per l'avvenire appartenere al secondo (52). Ma ben più importanti sono le sue prescrizioni sopra gli effetti. Per lo innanzi l'adottato usciva sempre dalla potestà e dalla famiglia del suo padre naturale e passava in quella del padre adottivo, soffriva quindi una *capitis diminutio minima* egual

(44) § 3. J. *eod.* L. 32. pr. L. 33. D. *eod.*

(45) § 3. J. *eod.* L. 22. pr. D. *eod.* L. 8. § 15. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 1. 21. D. *de collat.* (37. 6.) L. 13. D. *si quid in fraud. patr.* (38. 5.) L. 2. C. *de a-dopt.* (8. 48.)

(46) L. 5. L. 29. L. 31. D. *eod.*

(47) V. sopra § 92. N. 10.

(48) V. sopra § 92. N. 26.

(49) Caj. I. 98-101. 132-135.; Caj. Epit. I. 6. § 3. Ulp. VIII. 2. 5. Gell. V.19 L. 2. pr. L. 3. L. 4. L. 36. § 1. D. *de adopt.* (1. 7.) L. 11. C. *eod.* Confr. Sueton. Octav. c. 64.; Cic. de fin. bon. I. 7.

(50) Caj. I. 134. 135.; Ulp. X. 1.

(51) Caj. I. 134.; Caj. Epit. I. 6. § 3.

(52) L. 11. C. de adopt. (8. 48.)

mente che nell' arrogazione (53). Solo questo passaggio non si estendeva anche ai suoi figli già procreati, i quali rimanevano nella potestà del loro avo naturale (54). Ma secondo la legislazione di Giustiniano questo effetto continua ad aver luogo solamente quando il padre adottivo sia un ascendente naturale dell' adottato, ma negli altri casi l' adozione non produce altro che un dritto di successione dell' adottato rispetto al padre adottivo, rimanendo inalterati i suoi rapporti di famiglia (55), per la qual cosa, in questo caso dai moderni convenevolmente vien detta *adoptio minus plena*. In questa occasione Giustiniano abolì eziandio il senatoconsulto *de adoptione ex tribus maribus* (a), il quale avea estesa la *Quarta D. Pii* al caso che si adottasse uno fra tre o più fratelli (56). Da Diocleziano fu conceduta la facoltà di adottare anche alle donne, almeno quando aveano perduto i loro figliuoli, il che prima non potevano senza uno speciale privilegio (57). Ma per siffatto modo o che si tratti di arrogazione o di adozione esse non acquistano la patria potestà, ma stabiliscono solo quella relazione che è tra la madre naturale e i suoi figliuoli (58). Le *adoptiones per testamentum* (59) che di frequente avvenivano presso i Romani, sebbene non si trovino menzionate ne' fonti con questa denominazione, secondochè pare, non

(53) Ulp. XI. 13.; § 2. J. *de legit. agnat. succ.* (3.2.) L. 23. D. *de adopt.* (1.7.) L. 12. § 4. D. *de ritu nupt.* (23. 2.); Valer. Max. VII. 7. § 2.

(54) § 11. J. *de adopt.* (1. 11.) L. 40. pr. D. *eod.*

(55) L. 10. pr. § 1. 2. 4. C. *eod.*; § 2. J. *eod.* § 8. J. *quib. mod. jus. patr. pot. solv.* (1. 12.) § 14. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.)

(56) L. 10. § 3. C. *cit.*; § 14. J. *cit.*; Theoph. III. 1. § 14. Nella mia storia del dritto § 107. questo Senatoconsulto è posto sotto Marco Aurelio; ma potrebbe riportarsi al tempo di Antonino Pio ed all'anno di R. 908. (155. dopo Cr.), nel quale si trova un Console per nome Sabino L. 1. C. *de edendo* (2. 1.). Altrimenti esso non può essere stato promulgato prima dell'an. di R. 969.

(57) Caj. I. 104.; Ulp. VIII. 8. Confr. con la L. 29. § 3. D. *de inoff. test* (5.2.)

(58) L. 5. C. *de adopt.* (8. 48.) § 10. J. *eod.*

(59) Cic. *in Bruto* c. 58.; Corn. Nep. in Attico c. 5.; Plin. H. N. XXXV. 2.; Appian. de bello Civ. III. 14. 94.; Dio Cass. XXXIX. 17. XL. 51. XLIV. 35. XLV. 4. XLVI. 47.; Sueton. in Octav. c. 7.; Sueton. in Octav. c. 101.; Tacit. Ann. I. 8. 14. V. 1.; Sueton. in Tiber. c. 6., in Galba c. 17. Confr. *Brissonius* de formulis VII. 26.

(a) *Dicevasi* adoptio ex tribus maribus *quando alcuno avendo tre figli maschi ne dava uno in adozione. Il Senatoconsulto Sabiniano avea disposto che l'adottante dovesse lasciare il quarto de' suoi beni a quello che fra i tre maschi si aveva adottato, la qual disposizione avea per iscopo di impedire che l' adottato già privo dei dritti di successione nella sua famiglia naturale non fosse anche escluso dalla successione del padre adottivo per effetto di emancipazione. Ma siccome pel dritto di Giustiniano l' adottato non perde più i suoi dritti di successione nella famiglia naturale, così la disposizione del Senatoconsulto divenne inutile.* (N. del Tr.)

erano altro che istituzioni di erede con la facoltà o con l'obbligo di assumere il nome del testatore (60), e quindi siffatte adozioni si facevano già anche dalle donne nel tempo che esse erano ancora in tutto escluse dalla vera adozione (61).

E. Estinzione.

§ 98. La patria potestà si estingue:

1.° Allorchè i figliuoli alla medesima soggetti soffrono una *capitis diminutio* (1); e per conseguenza allorchè divengono schiavi (2), perdono la cittadinanza (3), o per effetto di una *capitis diminutio minima* escono dalla famiglia (4). I casi dell'ultima specie parte di già si sono presentati (5), e parte saranno in seguito dichiarati (6); ma un caso appartiene a questo luogo ed è la liberazione dalla patria potestà *emancipatio*, la cui forma antica era affine con quella delle adozioni. Da prima per mezzo di una vendita si dovea sciogliere il legame che stringeva il figlio al padre, ed appunto dalla mancipazione che qui avea luogo ebbe origine il nome di emancipazione. Ma invece della *in jure cessio* che si adoperava nell' adozione, qui si effettuava in fine una *manumissio vindicta* nella stessa guisa che si usava per gli schiavi (7). L'imperadore Anastasio fu il primo il quale permise che a questa forma si sostituisse l'impetrazione di un rescritto imperiale, il qua

(60) L. 7. L. 63. § 10. ad Sct. Trebell. (36. 1.) Confr. con Cic. de offic. III. 18. Sueton. in Caesare c. 83., in Octav. c. 101., in Tiber. c. 6., in Galba c.17.; Dio Cass. l. c.; Ovid. Metamorph. XV. v. 818. *cod.* 134.; Liv. Epit. XXVI.; Vellej. Paterc. II. 60.; Eutrop. lib. VII. init.; Seneca de brev. vitae c. 15.; Plin. Epist. VIII. 18.: Plin. H. N. XXXV. 2.; Dirksen sulla critica ed interpetrazione p. 73. e seg.

(61) Cic. ad Attic. VII. 8.; Sueton. in Galba c.4.; Lactant. de morte persec. (30.2

(1) § 3. J. de legit agnat. tut. (1. 15.)

(2) L. 7. D. *de his qui sui* (1. 6.). La prigionia dei figliuoli presso il nemico non opera che una sospensione della patria potestà a cagione del possibile *postliminium*; Ulp. X. 4.; § 5. J. *quib. mod. jus. patr. pot. solv.* (1. 12.); Caj. I. 129.

(3) Caj. I. 128.; L. 7. D. *de his qui sui* (1. 6.) L. 6. C. *de sentent. pass. et rest.* (9. 51.). Secondo il dritto Romano antico si riferiva anche qui il caso che un figliuolo col consenso del padre si trasferisse in una Colonia Latina, e per tal modo divenisse latino. Caj. I. 131.; Cic. pro Caecina c. 33. 34. pro Balbo c. 11-13. pro domo c. 30.

(4) § 3. J. *de cap. min.* (1. 16.)

(5) V. § 92-97.

(6) V. § 108.

(7) Caj. I. 132-137. II. 141. III. 6. IV. 79.; Ulp. X. 1.; § 6. J. *quib. mod. jus patr. pot. solv.* (1. 12.); *Theoph.* I. 12. § 6.; Dion. Hal. II. 27.; L. 36. pr. D. *de adopt.* (1. 7.) L. 3. § 1. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 1. C. *de emancipat.* (8. 49.)

le consentisse alla liberazione de'figliuoli (8), e Giustiniano, il quale abrogò in tutto la forma antica, dichiarò esser sufficiente che il padre innanzi al suo giudice, o a qualunque altro magistrato competente per la *legis actio* manifestasse la sua volontà di rinunziare alla patria potestà (9). Ogni altra rinunzia altramente fatta non avrebbe prodotto effetto, quantunque avesse dovuto tornare a bene de'figliuoli (10), o fosse seguita come un'abdicazione de'medesimi (11). In generale il padre non è obbligato all'emancipazione (12), quantunque non manchino delle eccezioni (13). Dall'altro lato i figliuoli non possono essere emancipati senza il loro consenso, il quale solo pe' fanciulli al di sotto di 7 anni vien presunto (14). Gli effetti della emancipazione sono che i figliuoli emancipati non solamente son liberati dalla potestà, ma ancora escono dalla famiglia, e quindi soffrono una *capitis diminutio minima* (15). Pertanto il padre come quegli che li ha liberati conserva sopra di loro i dritti di padronato (16), ed inoltre per ricompensa *praemium emancipationis* gli rimane l'usufrutto di una parte de' beni avventizi, che secondo una disposizione di Costantino ammontava al terzo (17), ma da Giustiniano fu accresciuta alla metà (18). Se un peculio profettizio nella emancipazione non sia espressamente rivocato, si riguarda come donato al figliuolo (19); mentre al contrario i figli di un figliuolo emancipato procreati prima dell'emancipazione rimangono nella potestà e nella

(8) L. 5. C. *de emanc. lib.* (8. 49.)

(9) L. 6. C. *eod.*

(10) L. 3. C. *eod.*

(11) L. 6. C. *de patr. pot.* (8. 47.)

(12) Caj. I. 137.; § 10. J. *quib. mod. jus. patr. pot. solv.* (1. 12.) L. 31. D. *de adopt.* (1. 7.) L. 4. C. *de emanc.* (8. 49.)

(13) L. 32. L. 33. D. *de adopt.* (1. 7.) L. 16. § 2. 3. D. *de Cur. fur.* (27. 10.) L. 92. D. *de cond. et dem.* (35. 1.); Paul. S. R. IV. 13. § 1. L. 5. D. *si a parente quis manum. sit* (37. 12.)

(14) L. 5. C. *de eman.* (8. 49); Nov. 89. c. 11.; Paul. S. R. II. 25. § 5. Non si contiene alcuna eccezione pei figliuoli adottivi nelle L. 10. pr. C *de adopt.* (8. 48.) § 3. J. *eod.* (1. 11.) L. 32. pr. D. de V. O. (46. 1.); V. Bucholz Manuale del Giurista No. 17.

(15) § 3. J. *de cap. min.* (1. 16.) L. 3. § 1. D. *eod.* (4. 5.) L. 36. pr. D. *de adopt.* (1. 7.) Nov. 81. c. 2. Caj. I. 132. III. 19.

(16) V. appresso § 130. e 131.

(17) L. 1. L. 2. C. Th. *de matern. bon.* (8. 18.)

(18) L. 6. § 3. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) § 2. J. *per quas pers.* (2. 9.)

(19) L. 31. § 2. D. *de donat.* (39. 5.) L. 17. C. *eod.* (8. 54.) L. 5. C. *de emanc.* (8. 49.)

famiglia del loro avo (20). Il padre può per l'ingratitudine de' figliuoli rivocare l'emancipazione (21), ma i figliuoli una volta emancipati non si possono di poi arrogare, se non quando son figliuoli naturali e non già adottivi (22).

2.° La patria potestà cessa senza una *capitis diminutio* de' figli: 1) per la morte o per la *capitis diminutio maxima e media* del *paterfamilias* (23), ma in tal caso i nipoti procreati da' figliuoli che son tuttora viventi e nella famiglia, cadono sotto la potestà di costoro (24). Quando la morte civile è avvenuta per la prigionia presso il nemico, la potestà può anche rivivere per effetto del *postliminium* (25), quando poi la *capitis diminutio* del padre era una pena, si faceva quistione tra i giureconsulti Romani, se la grazia gli restituisse anche la patria potestà senza una particolare ed espressa concessione (26). Diocleziano decise per la negativa (27), ma Costantino in fine decise pel ristabilimento della patria potestà (28). 2) Per alcune dignità del figliuolo. Pel dritto antico solo i sacerdoti di Giove *Flamines diales* e le Vestali divenivano *sui juris* per ragione del loro ufficio (29). Ma Giustiniano sciolse dalla patria potestà anche i Patrizi (30), i Consoli i Prefetti del pretorio e della Città, i *Magistri militum*, i Procuratori del fisco *patroni fisci*, gli *Agentes in rebus*, i *Proximi scriniorum*, ed i Vescovi (31). 3) Finalmente per pena secondo le disposizioni di Costantino, Teodosio II, e Giustiniano, se il padre espone i figliuoli (32), o prostituisce le fi-

(20) Caj. I. 135. § 7. 9. J. *quib. mod. jus. patr. pot. solv.* (1. 12.) L. 1. § 6. D. *de conjung. cum emanc. lib.* (37. 8.); Gell. I. 12.

(21) L. un. C. *de ingrat. lib.* (8. 50.); L. un. C. Th. *eod.* (8. 14.) Confr. con la L. 11. D. *de his qui sui* (1. 6.); V. appresso § 181. N. 10-12.

(22) L. 12. L. 41. D. *de adopt.* (1. 7.) Confr. con la L. 31. § 1. D. *eod.*

(23) Caj. I. 127.-129.; Ulp. X. 2-4.; pr. § 1-3. 5. J. *quib. mod. jus. patr. pol. solv.* (1. 12.)

(24) Pr. J. *eod.* L. 5. D. *de his qui sui* (1. 6.)

(25) Caj. I. 129.; Ulp. X. 4.; § 5. J. *eod.*

(26) L. 13. C. *de sentent. pass.* (9. 51.)

(27) L. 9. C. *eod.*

(28) L. 13 C. *eod.*

(29) Caj. I. 130. III. 114.; Ulp. X. 5.; Tacit. Ann. IV. 16.; Gell. I. 12.

(30) L. 5. C. *de consulibus* (12. 3.) § 4. J. *quib. mod. jus. patr. pot. solv.* (1. 12.)

(31) Nov. 82. prooem. c. 1-3. Nov. 123. c. 4. Confr. la L. 66. C. de *decurion.* (10. 31.) Giustiniano stabilisce il principio che tutte le dignità le quali esentano dal decurionato, debbano anche liberare dalla patria potestà.

(32) L. 1. L. 2. C. Th. *de expositis* (5. 7.); L. 2. C. *de infant. expos.* (8. 52.) L. 16. C. *de nupt.* (5. 4.) Nov. 153. c. 1. Nei tempi antichi il padre poteva sempre reclamare i suoi figliuoli esposti da coloro che gli aveau raccolti, se avesse loro rimborsato ciò che aveano speso; J. *Gothofredus ad* L. 1. C. Th. *de expos.* (8. 52.)

glie (33), o contrae un matrimonio incestuoso (34). La patria potestà non si estingue per prescrizione, sebbene la circostanza di aver lasciato per lungo spazio di tempo che i figli vivessero come *sui juris* possa escludere il padre dal farla valere (35). Per contrario tra i modi di estinzione si può anche annoverar quello di una sentenza ingiusta ma passata in giudicato, la quale abbia dichiarata estinta la patria potestà (36), o di una restituzione conceduta contro una adozione o legittimazione (37), ne' quali casi i figliuoli escono dalla famiglia senza patire una propria *capitis diminutio*, perchè si finge che non vi abbiano mai appartenuto.

2) *Relazioni giuridiche tra gli ascendenti e discendenti.*

§ 99. In generale parecchie relazioni giuridiche han luogo tra gli ascendenti e i discendenti senza aver riguardo alla patria potestà.

1.° Gli ascendenti e i discendenti son reciprocamente tenuti di prestarsi gli alimenti in caso di necessità. Per verità questo dovere in primo luogo è imposto al *paterfamilias* (1), il che é fondato perfino sopra una legge di Romolo (2); ma dipoi l'obbligazione degli alimenti fu estesa non pure a tutti gli ascendenti, ma eziandio ai discendenti (3), ed anche quando s' impugni la parentela, debb'esser provvisoriamente adempiuta (4). Quest' obbligazione presuppone una effettiva necessità (5), ma si estende al mantenimento conveniente allo stato di alcuno *alimenta civilia* (6). L'obbligazione di dotare si vuol riguardare come una speciale applicazione, o un dovere speciale degli alimenti (7).

(33) L. 12. C. *de Episc. aud.* (1. 4.) L. 6. C. *de spectac.* (11. 40.)
(34) Nov. 12. c. 2.
(35) L. 25. pr. D. *de adopt.* (1. 7.) L. 1. C. *de patria pot.* (8. 47.)
(36) L. 1. § 4. D. *de lib. exhib.* (43. 30.)
(37) L. 3. § 6. D. *de minor.* (4. 4.) L. 1. § 2. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 6. § 1. D. *de bon. poss.* (37. 1.); L. 9. pr. C. Th. *de bon. damn.* (9. 42.) Confr. anche la L. 2. C. *si adv. rem jud.* (2. 27.)
(1) C. 5. pr. § 1. 6. 7. L. 8. D. *de agn. et alend. lib.* (25. 3.) L. 8. § 5. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) L. 2. C. *de infant. expos.* (8. 52.) Confr. anche la L. 56. § 2. D. *de jure dot.* (23. 3.)
(2) Dion. Hal. II. 15. IX. 22.
(3) L. 5. pr. § 1-7. 13-16. D. *de agn. et al. lib.* (25. 3.) L. 8. § 5. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)
(4) L. 5. § 8-10. D. *eod.*
(5) L. 5. § 7. D. *eod.* L. 1-3. C. *de al. lib. ac parent.* (5. 25.)
(6) L. 5. § 7. 10. 12. D. *eod.* L. 3. L. 4. C. *eod.*
(7) V. appresso §. 110.

2.° I discendenti debbono prestar rispetto a tutt' i loro ascendenti *reverentia*, *obsequium*, *pietas* (8), dal che procede che non possono penalmente agire contro di loro (9), e negli affari civili non possono menarli in giudizio senza averne avuta licenza dal magistrato (10); che tutte le azioni infamanti contro gli ascendenti sono totalmente escluse (11), come del pari tutte le azioni che contengono l'incolpazione di un *dolus* (12), ed inoltre la *exceptio doli* e *metus* (13), e la restituzione nello stato primiero (14); che non può chiedersi da ascendenti il giuramento della calunnia (15); che l' uccisione degli ascendenti *crimen parricidii* vien punita molto più severamente che ogni altro omicidio (16), il che però Costantino estese parimente alla uccisione de' figli (17); e che le ingiurie contro gli ascendenti non solo si debbono riguardar sempre come *injuriae atroces* (18), ma ancora di officio possono venir punite dalla pubblica autorità (19). Una legge del Re Servio Tullio disponeva anche che si punisse di morte qualunque attentato contro i genitori (20). Dal rispetto dovuto agli ascendenti dipende anche senza dubbio che se essi son debitori de'loro discendenti possono solo essere obbligati a pagar tanto che loro resti di che mantenersi *quantum facere possunt* (21).

3.° Così gli ascendenti come i discendenti debbono reciprocamente considerarsi ne' loro testamenti (22);

(8) L. 1. pr. § 1. L. 9. D. *de obsequio* (37. 15.) L. 4. D. *de curat. fur.* (27.10.) L. 4. § 3. L. 6. D. *de in jus. voc.* (2. 4.)

(9) L. 11. § 1. D. *de accus.* (48. 2.) Nov. 115. c. 3. § 3.

(10) § 3. J. *de poen. tem. litig.* (4. 16.) L. 4.-10. L. 23. L. 21. D. *de in jus voc.* (2. 4.)

(11) L. 11. § 1. D. *de dolo* (4. 3.) L. 2. pr. L. 5. § 1. L. 7. § 4. D. *de obseq.* (37. 15.)

(12) L. 2. § 1. L. 5. pr. § 1. L. 6. L. 7, pr. § 2. D. *eod.*

(13) L. 7. § 2. D. *eod.* L. 4, § 16. 31. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(14) L. 2. C. *qui et advers. quos* (2. 42.); V. sopra § 81.

(15) L. 7. § 3. D. *de obseq.* (37. 15.)

(16) L. 6-10. D. *de lege Pomp. de parricid.* (48. 9.) L. un. C. *de his qui parent. vel liberos occid.* (9. 17.) § 6. J. *de publ. jud.* (4. 18.)

(17) L. un. C. *cit.*

(18) L. 7. § 7. 8. D. *de injur.* (47. 10.)

(19) L. 1. § 2. 3. D. *de obseq.* (37. 15.) L. 4. C. *de patr. pot.* (8. 47.)

(20) Festo p. *Plorare.*

(21) § 38. J. *de act.* (4. 6.) L. 17. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 7. § 1. D. *de obseq.* (37. 15.)

(22) § 1. J. *de inoff. test.* (2. 18.) Nov. 115. c. 3. 4. I particolari intorno a ciò si appartengono al dritto di successione.

4.° E gli ascendenti hanno ottenuto da Giustiniano il dritto di nominare l'erede ai loro discendenti pazzi, il che fu detto *substitutio exemplaris s. quasi pupillaris* (23). In quanto al dritto antico può anche qui rapportarsi che:

5.° Secondo l'editto del pretore i legati fatti agli ascendenti e discendenti rimangono fermi quando viene impetrata la *bonorum possessio contra tabulas* (24), e che:

6.° Gli ascendenti e discendenti furono anche eccettuati dalle limitazioni della successione testamentaria per la legge *Julia et Papia Poppaea* (25).

Solo alla madre e non già agli altri ascendenti è data la facoltà di richiedere che sia a lei commessa l'educazione de' pupilli in mancanza del *pater familias* (26); ma Antonino Pio estese anche questa facoltà in quanto permise alla madre di togliere l'educazione altresì dalle mani del padre, quando egli se ne fosse mostrato incapace (27). Coloro che senza una formale adozione hanno allevato de'fanciulli, in generale non entrano perciò nel rapporto di ascendenti coi loro *alumni* (28); non pertanto costoro neppure possono intentar contro di essi delle azioni penali (29).

3) *Effetti giuridici della parentela in generale.*

§ 160. Ci ha pure un buon numero di dritti ed obbligazioni di parentela che si riferiscono ai collaterali ed in parte anche ai semplici affini, e che per verità debbono trattarsi separatamente in diversi luoghi, ma nondimeno è bene che qui si riuniscano e se ne faccia un cenno.

1.° Il più esteso effetto è il dritto alla reciproca successione, il quale però secondo il dritto antico era ristretto agli agnati, ma di già nell'editto del pretore fu conceduto a parecchi cognati, e venne sempre più allargandosi in fino a che Giustiniano diede il dritto di successione a tutti i parenti del sangue (1).

(23) L. 9. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.) § 1. J. *de impub. subst.* (2. 16.) I particolari debbono parimente esser riserbati al dritto di successione.

(24) L. 1-10. D. *de legat. praest.* (37. 5.)

(25) Ulp. XVII. 2. XVIII.

(26) L. 1. C. *ubi pupilli* (5. 49.)

(27) L. 1. § 3. L. 3. § 5. D. *de lib. exhib.* (43. 30.)

(28) L. 3. § 4. D. *de lib. hom. exhib.* (43. 29.) L. 132. D. de V. O. (45. 1.)

(29) L. 17. C. *de his qui accus. non poss.* (9. 1.)

(1) I particolari intorno a ciò si vedranno nella teorica della successione.

2.° Al dritto di successione si riattacca il dritto ed il dovere di esercitar la tutela sopra quei parenti che han bisogno d' un tutore, il perchè anche sotto questo rapporto in origine non si tenea conto che de' soli agnati, ma più tardi sottentrò all' agnazione la parentela del sangue (2).

3.° Con ciò parimente ha relazione l'obbligo di richiedere dal magistrato la nomina del tutore per que'parenti che ne abbiano bisogno(3).

4.° Inoltre in più casi non solo la parentela ma anche l'affinità è un impedimento al matrimonio (4).

5.° Ancora gli stretti parenti o affini non possono essere obbligati a far testimonianza in giudizio l'un contro l' altro (5), il che i genitori e i figli non possono neppur se vogliano (6).

6.° Secondo un antichissimo costume i cognati e gli affini formavano in più casi un tribunale di famiglia (7), nel quale però potevano esser chiamati anche gli amici o uomini eminenti (8). Negli antichi tempi siffatti tribunali di famiglia erano principalmente convocati quando un marito si vedeva in necessità di usare uno special rigore contro sua moglie (9), o il padre contro suo figlio (10); anche il magistrato talvolta commetteva al tribunal di famiglia la punizione di qualche delitto, almeno quando si trattava di donne (11). Ma nel dritto romano più recente di ciò non rimane altro se non che pe' delitti più lievi de' minori che non sono più sotto la patria potestà, si riuniscono i più vecchi parenti, e possono infligere una pena domestica, mentre i delitti più gravi debbono lasciarsi punire dalla pubblica autorità (12).

7.° Le disposizioni riguardanti l'educazione di un pupillo si debbono prendere dal Pretore sul parere di un consiglio di famiglia di cognati ed affini, e costoro possono anche venir costretti ad assumere il peso dell'educazione (13).

(2) V. § 134. e 137.
(3) V. § 140.
(4) V. § 104.
(5) L. 4. L. 5. D. *de testib.* (22. 5.) L. 10. pr. D. *de grad. et affin.* (38. 10.)
(6) L. 6. C. *de testib.* (4. 20.)
(7) Sueton. in Tiber. c. 35; Tacit. Ann. XIII. 32.
(8) Valer. Max. V. 9. § 1.; Seneca de Clement. c. 15.
(9) Sueton. l. c.; Tacjt. l. c.; Dion. Hal. II.25.; Livii Epit. XLVIII.; Valer. Max. II. 9. § 2. VI. 1. § 1. VI. 3. § 8. Plin. H. N. XIV. 13.; Tertull. Apolog. c. 6.
(10) Valer. Max. V. 8. § 2. V. 9. § 1. III. 5. § 1.; Seneca l. c.
(11) Liv. XXXIX. 18.; Valer. Max. VI. 3. § 7.
(12) L. un. C. *de emend. propinq.* (9. 15.)
(13) L. 1. D. *ubi pupilli* (27. 2.)

8.° Nel concorso i parenti del debitore nella vendita de' beni hanno per la compra un dritto di preferenza rispetto agli altri, tranne solamente rispetto ai creditori(14). Molti altri effetti antiquati della parentela si trovano anche nel dritto antico. A. I parenti per la pena dell' infamia doveano reciprocamente vestire a bruno, gli ascendenti e discendenti per un anno Romuleo di 10 mesi, gli altri parenti per 8 mesi (15). B. I parenti ed in parte anche gli affini erano fra loro dispensati da parecchie restrizioni legali, segnatamente dalla *Lex Furia testamentaria* (16) e dalla *Lex Cincia* (17). C. Quando alcuno provocava un decreto del popolo pel conferimento di un potere straordinario, i suoi cognati o affini non potevano ottenere cosiffatto potere (18). D. Nelle azioni ed accuse per omicidio, in caso di concorrenza di più persone che volessero agire, la preferenza spettava ai cognati ed affini dell' ucciso (19), ed inoltre non erano ad essi di ostacolo alcune ragioni, le quali in altri casi gli avrebbero impediti dall' accusare (20), ed il difetto di pruova non gli faceva incorrere nelle pene delle accuse mal fondate (21); ma per contrario E. secondo la *lex Pompeja de parricidis* (verso l' anno di R. 700) l'omicidio di parenti ed affini è sempre punito come un omicidio più grave (22). F. I parenti di colui che ingiustamente era tenuto in ischiavitù potevano anche a suo malgrado intentare un' azione per rivendicare la sua libertà (23). G. Un antico costume diede anche ai parenti di una donna fino al grado di sobrini (inclus.) il *jus osculi* nel salutare (24), il che stava in relazione con ciò, che secondo il dritto antico con questi parenti appunto non era permesso il matrimonio (25).

(14) L. 16. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)
(15) Paul. I. 21. § 13. Fragm. Vatic. § 321.; Plutarc. in Numa c. 12.; Festo p. *Minuitur* Confr. L. 2. C. *de secund. nupt.* (5. 9.)
(16) Ulp. prooem. § 2. XXVIII. 7.; Caj. II. 225.
(17) Fragm. Vatic. § 293. 298-311.; Paul. IV. 1. § 11. V.2. § 4. L. 4. 5. 7.C. Th. *de donat.* (8. 13.)
(18) Cic. *de leg. agrar. contra* Rull. II. 8. *pro domo* c. 20.
(19) L. 5. § 5. *de his qui effud.* (9. 3.)
(20) L. 2. pr. L. 11. D. *de accus.* (48. 2.) Confr. con la L. 1. L. 8-10. D. *eod.* L. 4. C. *de his qui accus. non poss.* (9. 1.)
(21) L. 14. D. *de publ. jud.* (48. 1.)
(22) L. 1. L.9. § 1. D. *de lege Pomp. de parric.* (48.9.) Confr. con la L. 3. § 5. D. *ad leg. Cornel. de Sicar.* (48. 8.)
(23) L. 1-3. D. *de liberali causa* (40. 12.)
(24) Athenaeus XI. p.440.ed. *Schweigh.* p.454. Plutarc. Quaest. Rom. § 6., Plin. H. N. XIV. 14.; Gell. X. 23.
(25) Tac. Ann. XII. 5.; Collat. VI. 2. Klenze op. c. p. 18. seg.

IV. FORMAZIONE ED ESTINZIONE DELLA PARENTELA.

§ 101. Il modo come regolarmente si forma la parentela si deduce dalla sua stessa nozione. Nondimeno quando alcuno è stato adottato o arrogato, egli è tenuto come agnato degli agnati del suo padre adottivo (1), mentre per rapporto ai cognati di costui non si forma alcun legame di parentela (2), e tanto meno per rapporto alla moglie, la quale non acquista alcun dritto di maternità (3). Per contrario la legittimazione produce in tutto le medesime relazioni di parentela che la nascita legittima, e per conseguenza la parentela che ne risulta non ha semplicemente luogo per rapporto agli agnati (4), bisogna però eccettuarne la *legitimatio per curiae dationem*, la quale tenea luogo della legittima nascita solamente per rispetto al padre (5). Per ciò che riguarda l' estinzione della parentela, per verità essa nel caso di una *capitis diminutio maxima e media* si tiene come perfettamente estinta (6), ma al contrario per una *capitis diminutio minima* cessa soltanto l' agnazione, e continua a sussistere la cognazione (7), purchè questa non sia semplicemente fondata sopra un' adozione (8). Oltre a ciò la parentela può anche venir annullata da una sentenza (9), ma non già da una rinunzia (10).

(1) L. 7. L. 23. D. *de adopt.* (1. 7.)
(2) L. 23. L. 36. D. *eod.*
(3) L. 10. § 1. C. *eod.* (8. 48.)
(4) L. 10. L. 11. C. *de natur. lib.* (5. 27.)
(5) Nov. 79. c. 4.
(6) Caj I. 128. 129.; Ulp. X. 3. 4.; § 1-5. I. *quib. mod. jus. patr. pot. solv.* (1. 12.) § 6. J. *de cap. min.* (1. 16.)
(7) § 3. J. *de leg. agn. tut.* (1. 15.) L. 5. § 2. L. 6. L. 11. D. *de cap. min.* (4. 5.); Caj. III. Confr. con la L. 8. 9. de R. J. (50. 17.); Caj. I. 158.
(8) § 10. 11. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.) L. 17. L. 55. § 1. D. *de ritu nupt.* (23. 2.)
(9) L. 1. § 16. L. 2. L. 3. pr. D. *de agn. et alend. lib.* (25. 3.)
(10) L. 3. C. *de emanc.* (8. 49.)

CAPITOLO II.

DEL MATRIMONIO (*).

I. NOZIONE E NATURA GIURIDICA.

§ 102. Fra le due principali opinioni che intorno al rapporto de' due sessi trovansi presso i diversi popoli più o meno fortemente scolpite, secondo cui o si riguarda il maschio come un essere da sè già perfetto e compiuto, al quale si è data per assistenza la donna come un essere inferiore e subordinato, o non si reputa la persona umana interamente perfetta che nella unione de' due sessi, quest' ultima fu ricevuta nel dritto romano, e fin da' tempi più antichi ne fu per così dire il fondamento. In conseguenza di ciò l'unione coniugale tra l' uomo e la donna dovè tendere alla maggior possibile comunione di vita, ed in certo modo alla confusione de' medesimi in una sola persona, e solo allorchè questo scopo si otteneva potea valer come matrimonio *matrimonium*, *nuptiae* (1), ed appunto per questa ragione non poteva esser che monogama (2), e sol come conseguenza del naturale istinto veniva derivata dal *jus naturale* (3). Dalla osservanza di tutte le condizioni legali di una tale unione risulta la nozione del matrimonio legittimo *justum* s. *legitimum matrimonium*, in cui concorrono tutt' i requisiti legali (4), e che dal suo effetto vien chiamato ancora *matrimonium liberorum quaerendorum causa* (5), perchè un uomo non può aver figliuoli che da un legittimo matrimonio (6). Ma per lungo spazio di tempo il matrimonio legittimo presso i Romani potè esser

(*) *Grupen de uxore Romana Hanov*. 1727. 8.; *Hasse* dritto patrimoniale dei conjugi. Berlino 1824. 8., Eggers sulla natura e sulle proprietà dell' antico matrimonio Romano con la *manus*. Altona 1833. 8.

(1) § 1. J. *de patr. pot.* (1. 9.) L. 1. D. *de ritu nupt*. (23. 2.); Cic. de offic. I. 17.; Plutarc. quaest. Rom. princ. § 7. L. 1. D. *de act. rer. am*. (35. 2.); *Hasse* l. c. § 1-10.

(2) V. appresso § 105.

(3) L. 1. § 3. D. de J. et J. (1. 1.)

(4) Ulp. V. 2.; L. 37. D. *ad munic*. (50. 1.) L. 13. § 1. D. *ad leg. Jul. de adult*. (48. 5.)

(5) Gell. IV. 3.; Macrob. Saturn. I. 16.; Plaut. Aulul. II. 1. v. 26.; Festo p. *Quaeso*; Sueton. in Caesare c. 42.; Caj. I. 39.; Ulp. III. 3. L. 9. C. *de nupt*. (5. 4.)

(6) V. sopra § 14.

di due specie, o tale che la donna cadesse in potestà del marito *in manum conventio*, o senza questo rapporto di soggezione, *matrimonium tantum* (7); ma nel dritto più recente non rimane che quest' ultima forma (8), la quale al presente si suol dinotare con l' espressione di *matrimonio libero*. La maggior parte del dritto matrimoniale de' Romani è di una natura assoluta, ed esclude il privato arbitrio; nondimeno anche parecchi rapporti risultanti dal matrimonio possono per convenzione venir determinati mediante patti nuziali *pacta nuptialia s. dotalia* (9); soltanto alle regole generali che una convenzione non può andar *contra leges et jus publicum et bonos mores, et jus tertii*(10) qui si aggiungono eziandio le particolari restrizioni che nella convenzione non si può contenere alcuna donazione tra i conjugi (11) o alcun patto pel quale sieno scemati i dritti legali della moglie, *quo deterior fit conditio mulieris* (12).

II. DRITTO E CAPACITA' DI CONTRAR MATRIMONIO.

1) *Principii generali.*

§ 103. La facoltà di contrar matrimonio è in triplice modo limitata:

1.° I conjugi debbono esser capaci di consentire, altrimenti il matrimonio è interamente nullo (1).

2.° In parecchi casi si richiede anche il consenso di terze persone. 1) I figliuoli sotto la patria potestà han sempre bisogno del consenso del loro *paterfamilias* (2), e quando si trovano insieme col padre sotto la potestà dell' avo, han mestieri anche del consenso di costui (3), salvo il caso di assenza del *paterfamilias* se siasi prolungata per tre

(7) Cic. Top. c. 4.
(8) V. appresso § 106.
(9) L. 12. § 1. *de pact. dot.* (23. 4.)
(10) L. 1. 5. 6. 7. 27. D. *eod.* L. 14. § 1. L.22. pr. D. *sol. matr.* (24. 3.) L.31. pr. C. *de jure dot.* (5. 12.); Consult. vet. Icti IV.
(11) V. appresso § 109.
(12) L. 27. § 2. D. *de pact.* (2.14.) L. 28. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 14. L.17. D. *de pact. dot.* (23. 4.) L. 6. C. *de pact. conv.* (5. 14.)
(1) L. 14. D. *de sponsal.* (23. 1.) L. 16. § 2, L. 30. D. *de ritu nupt.* (23. 2.): Paul. S. R. II. 19. § 7.
(2) Pr. J. *de nupt.* (1. 10.) L. 2. L. 3. D. *eod.*
(3) L. 16. § 1. L. 9. pr. L. 3. D. *eod.*

anni dopo il suo allontanamento, e salvo che non vi sia niun ragionevole motivo da opporre al matrimonio (4). Il silenzio del padre, quando egli conosce la celebrazione del matrimonio, vale come un permesso (5), ed il matrimonio divien valido per la posteriore approvazione (6); di più quando l'opposizione sia irragionevole si può dalla pubblica autorità supplire il consenso, secondo la disposizione della *Lex Julia et Papia Poppaea* (7), e lo stesso è in caso di demenza del padre; questo ultimo punto da prima era controverso, ma di poi fu ammesso da Giustiniano con la restrizione che il magistrato dovesse convocare a consiglio i tutori e i più ragguardevoli parenti de' figli (8). In ogni altro caso la mancanza del consenso paterno rende nullo il matrimonio (9). 2) Per le persone indipendenti in generale non v'è mestieri del consenso di altri (10); nondimeno il padre può legare alla madre il dritto di consentire al matrimonio delle figlie (11); ancora le donne minori debbono sempre, anche quando fossero vedove, richiedere il consenso del padre, e se questi sia morto, della madre e de' prossimi parenti, ed in tal caso se si rifiuti di consentire, dee decidere il magistrato (12); inoltre una liberta che abbia fatto divorzio dal suo patrono o una schiava manomessa per cagione di matrimonio non può mai maritarsi con altri contro la volontà del patrono (13), e secondo il dritto antico generalmente le donne non potevano maritarsi per la *in manum conventio* senza il consenso de' loro legittimi tutori (14).

3.° Finalmente si dee avere la capacità di contrar matrimonio *connubium* (15) tanto in generale, quanto per rapporto alla persona con la quale alcuno si vuol maritare, imperocchè vi sono degl'impedimen-

(4) L. 9. § 1. L. 10. L. 11. D. *eod.* L. 12. § 3. D. *de captiv.* (49. 15.)
(5) L. 7. § 1. D. *de sponsal.* (23.1.) L. 5. C. *de nupt.* (5.4.); Fragm. Vat. § 102.)
(6) L. 13. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 25. C. *de don.* inter V. et U. (5. 16.)
(7) L. 19. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) probabilmente la *lex Julia et Papia Poppaea* c. 35. avea attribuito al Pretore il dritto di supplire, e questo non fu esteso ai Governatori che da Settimio Severo.
(8) L. 25. C. *de nupt.* (5. 4.) pr. J. *eod.* (1. 10.)
(9) L. 11. D. *de statu hom.* (1. 5.) L. 2. L. 18. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) L. 13. § 6. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.) L. 7. C. *de nupt.* (5. 4.)
(10) L. 20. L. 25. C. *de ritu nupt.* (23. 2.)
(11) L. 62. pr. D. *eod.*
(12) L. 1. L. 18. L. 20. C. *eod.* (5. 4.)
(13) L. 45. L. 51. D. *eod.* L. 11. D. *de divort.* (24. 2.) L. 1. C. *de incest. nupt.* (5. 5.)
(14) Cic. pro Flacco c. 34.
(15) Ulp. V. 2. 3.

ti assoluti che sono di ostacolo a qualsivoglia matrimonio e degl' impedimenti relativi che impediscono soltanto il matrimonio con certe determinate persone. Quest' impedimenti, i quali nella maggior parte son fondati sopra speciali proibizioni, portano per conseguenza non solo la invalidità del matrimonio (16), ma anche delle pene per la trasgressione (17), ed in questa materia l' ignoranza libera soltanto dalla pena, ma non toglie la invalidità (18). Nondimeno da molti impedimenti si può avere dispensa (19); ed inoltre ci ha de' casi in cui la trasgressione porta solo una pena, ma il matrimonio rimane valido (20), degli altri casi in cui il matrimonio vien tolerato e rispettato come un matrimonio di coscienza moralmente obbligatorio, *matrimonium injustum* senza che però produca effetti civili (21), ed anche degli altri casi, in cui il matrimonio non ha valore fino a che l' impedimento non è cessato, ma cessato che sia, da sè stesso si convalida (22).

2) *Impedimenti del matrimonio in particolare.*

A. Impedimenti relativi.

§. 104. Come cagioni degl' impedimenti relativi ci si presentano:

1.° *La diversità di stato.* 1) Niun legittimo matrimonio poteva aver luogo tra Romani e stranieri (1), quando il *jus connubii* non fosse stato conceduto o a tutto un popolo mediante confederazione (2), o individualmente ad alcuno mediante un privilegio (3). Intanto il matrimo-

(16) Ulp. V. 7.; Collat. IV. 2. § 12. J. *de nupt.* (1. 10.) L. 63. L. 68. pr. D. *de ritu nupt.* (23.2.) L. 28. § 3. D. *de lib. et posth.* (28.2.) L. un. D. *unde vir et uxor* (38. 11.) L. 6. C. *de Judaeis* (1. 2.) L. 8. L. 6. C. *de inc. nupt.* (15. 5.) L. 6. C. *de interd. matr.* (5. 6.) Nov. 12. c. 1. Nov. 59. c. *ult.*

(17) *Caj.* I. 63 § 9. 12. J. *de nupt.* (1. 10.) L. 1. C. *de his qui not.* (3. 2.) L. 64. pr. L. 66. pr. D. *de ritu nupt.* (23. 2.); L. 3. C. Th. *de inc. nupt.* (3. 12.); L. 6. C. *de Judaeis* (1. 9.) L. 2. L. 4. L. 6. L. 9. C. *de inc. nupt.* (5. 5.) L. 18. C. *ad leg. Jul. de adult.* (9.9.) Nov. 134. c. 12.

(18) L. 57. § 1. L. 58. D. *de r. nupt.* (23. 2.) L. 43. D. ad L. Jul. *de adult.* (48. 5.) L. 4. C. *de inc. nupt.* (5. 5.) L. 3. C. *sol. matr.* (5. 18.); Collat. VI. 4.

(19) L. 31. D. *de ritu nupt.* (32. 2.) L. 9. C. *de inc. nupt.* (5. 5.) L. un. C. *si nupt. ex rescr. pet.* (5. 8.) Nov. 139.

(20) V. § 105. No. IV. e V. Il divieto qui è una *lex minus quam perfecta.*

(21) L.13. § 1. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48.5.) Fragm. Vat. § 154.; V. § 104. No. I. 1. § 105. No. I. Il divieto qui è una *lex imperfecta.*

(22) V. § 104. No. III. § 105. No. II. 1.

(1) Caj. I. 56. 57. 67. 76.; Ulp. V. 2-4.; Collat. IV. 5.; pr. J. *de nupt.* (1. 10.)

(2) Liv. I. 26. 49.; Dion. Hal. VI. 1.; *Strabo Geogr.* V. p. 383.

(3) Caj. I. 56. 57.

nio veniva riguardato come matrimonio di coscienza, e non era quindi illecito (4). Valentiniano II. fu il primo che probabilmente per ragioni politiche proibì interamente il matrimonio coi barbari stranieri (5), ma questa disposizione non fu da Giustiniano ammessa nel suo codice. 2) Secondo l'antica usanza ricevuta nelle XII. Tavole non era legittimo il matrimonio tra patrizi e plebei (6), finchè la *lex Canuleja* anno di R. 309 non ebbe ammesso il *connubium* tra le due classi (7). 3) La *lex Julia et Papia Poppaea* vietò a' senatori e ai loro figliuoli di contrar matrimonio con liberti o commedianti d'ogni maniera (8). Per verità in quanto alle discendenti di un senatore il matrimonio era invalido solo nel caso che scientemente si fosse contravvenuto al divieto (9), ma un senato consulto sotto Marc-Aurelio tolse via questa differenza (10). Forse fu questo il medesimo senatoconsulto che per rispetto a' senatori estese il divieto a tutte le donne condannate in *iudicio publico* (11). Questa proibizione fu in più guise ampliata da Costantino (12), e Marciano ne diè fuori una interpetrazione autentica (13), ma Giustiniano rivocò il divieto rispetto alle commedianti che lasciando il lor mestiere avesser migliorato i loro costumi (14). 4) Per la *lex Julia et Papia Poppaea* fu anche proibito a tutti gl' ingenui di contrar matrimonio con donne disonorate o esercitanti un mestiere ignominioso (15), impedimento che da prima Giustino rivocò pe' senatori (16), e Giustiniano poi totalmente abrogò (17). 5) Dalla medesima legge pro-

(4) Festo p. *Numerius*; Baj. I. 30. 65. . seg. 77. 80. 92.; Ulp. III. 3.; Collat. IV. 3.

(5) L. un C. Th. *de nupt. gentil.* (3. 14.)

(6) Cic. de Republ. II. 37.; Liv. IV. 4.

(7) Liv. IV. 1-6.; Dion. Hal. X. 60.

(8) L. 44. L. 42. § 1. L. 23. D. *de ritu nupt.* (23. 2.); Ulp. XIII. 1. XVI. 2.; L. 28. C. *de nupt.* (5. 4.) Se il Senatore posteriormente perdeva la sua dignità, il matrimonio si convalidava. L. 27. D. *eod.*

(9) L. 44. D. *cit.*

(10) L. 16. pr. D. *eod.* L. 16. D. *de sponsal.* (23. 1.) L. 3. § 1. D. *de don. inter.* V. et U. (24. 1.)

(11) L. 43. § 10-12. D. *de ritu nupt.* (23. 2.)

(12) L. 1. C. *de natur. lib.* (5. 27.)

(13) Nov. Martiani tit. 4., dalla quale è desunta la L. 7. C. *de incest. nupt.* (5. 5.)

(14) L. 23. C. *de nupt.* (5. 4.) Confr. L. 33. C. *de episc. aud.* (1. 4.)

(15) Ulp. XIII. 2. XVI. 2. L. 41. L. 43. L. 44. § 8. D. *de ritu nupt.* (23. 2.)

(16) Procop. Hist. arc. c. 9. Secondo Procopio Giustino fu a ciò indotto da Giustiniano per render possibile il matrimonio di lui con Teodora.

(17) Nov. 117. c. 6.

babilmente ha origine la proibizione rimasta in voga del matrimonio di un liberto con la sua patrona, o con la moglie o discendente del patrono (18). 6) Giustiniano in fine vi aggiunse anche che un servo colono non potesse sposare una donna libera (19).

2.° *La parentela e l'affinità*. 1) A cagione della parentela il matrimonio è proibito fra ascendenti e discendenti (20), tra fratelli e sorelle (21), o con fratelli o sorelle di ascendenti (22). L'eccezione introdotta relativamente a quest'ultimo punto da un senatoconsulto Claudiano anno di R. 802, che un uomo potesse sposare la discendente di suo fratello (23) non durò che fino a Diocleziano, il quale ristabilì l'antico dritto (24). Da prima era vietato ancora il matrimonio tra figliuoli di fratelli e sorelle *consobrini*, ed anche tra nipoti di fratelli e sorelle *sobrini* (25); ma ciò fu mutato da un plebiscito di cui non si ha altramente notizia (26). Nondimeno i matrimoni tra figliuoli di fratelli e sorelle pare che non fosser tenuti come decenti, giacchè Teodosio I. li proibì nuovamente (27), ma questo divieto poco di poi fu rivocato da Onorio ed Arcadio (28), e così rimase la cosa (29). Nel caso della parentela di adozione l'impedimento si estende solamente a coloro, coi

(18) L. 13. L. 62. § 1. D. *eod.* Paul. S.R. II. 19. § 9.; L. 3. C. *de nupt.* (5.4.); Nov. Anthemii tit. 1.

(19) Nov. 22. c. 17. L. 24. C. *de agric. et cens.* (11. 47.

(20) Caj. I. 59. § 1. J. *de nupt.* (1. 10.) L. 17. C. *eod.*

(21) Caj. I. 61.; § 2. J. *eod.*

(22) § 3. 5. J. *eod.* L. 17. § 2. L. 89. D. *eod.*

(23) Sueton. in Claud. c. 26.; Tac. Ann. XII. 6. 7.; Schol. ad Juvenal. Sat. II. v. 26.; Caj. I. 62.; Ulp. v. 6.; Collat. VI. 2.

(24) Collat. VI. 4. L. 17. C. *de nupt.* (5. 4.) Costantino minacciò anche la pena capitale per questo matrimonio L. 1. C. Th. *de incest. nupt.* (3. 12.)

(25) Tac. Ann. XII. 6.; Ulp. V. 6.; Klenze nel giornale pel sistema storico vol. VI. p. 18. seg.

(26) Plutarc. Quaest. Rom. § VI. Confr. con la L. 3. L. 67. § 1. D. *de ritu.nupt.* (23. 2.) L. 78. § 8. D. *ad Sct. Trebell.* (36. 1.). In quanto al tempo della innovazione non si può dir altro di più preciso se non che già nel 6.° secolo di Roma s'incontra un matrimonio tra cugini presso Liv. XLII. 34.

(27) Libanii Orat. pro agricolis § 7. (in J. Gothofredi Op. min. ed. *Trotz.* p. 385.): L. 3. C. Th. *de inc. nupt.* (3. 12.) L. un. C. Th. *si nupt. ex rescr. pet.* (3. 10.) Il Gotofredo *ad leg.* un C. Th. cit. ha riunito anche delle altre prove. Ma la costituzione stessa di Teodosio I. non esiste più.

(28) L. 19. C. *de nupt.* (5.4.) Nella L. 8. C. Th. *de inc. nupt.* già innanzi pubblicata (3. 12.) quest' Imperadori confermano la disposizione del padre loro.

(29) § 4. J. *de nupt.* (1. 10.)

quali si è divenuto agnato (30), e cessa anche con l'emancipazione (31), meno però relativamente al padre adottivo (32). In questa materia la parentela illegittima vien considerata egualmente che la legittima (33). 2) A cagione dell'affinità è proibito il matrimonio di un conjuge con gli ascendenti, discendenti, e fratelli o sorelle dell' altro (34), ancora non può alcuno sposare la fidanzata o concubina di un suo ascendente o discendente, come se queste fossero divenute sue affini (35). I matrimoni contratti contro le proibizioni fondate sulla parentela o sull'affinità si appellano incestuosi *incestae nuptiae* (36), e sono severamente puniti, sopra tutto quelli tra ascendenti e discendenti, i quali son riguardati come un *incestus juris gentium* (37); anzi dopo Zenone vien punito anche il chiedere una dispensa da siffatti impedimenti (38).

3.° *Le relazioni di ufficio*. Secondo le prescrizioni delle istruzioni imperiali pei Presidi o Governatori nessuno impiegato provinciale Romano durante l'esercizio del suo ufficio poteva sposare una donna provinciale nè permettere che un suo figlio la sposasse (39). Nondimeno dopo aver deposto l'ufficio il matrimonio diventava valido per l' avvenire, quando non fosse sopravvenuta una mutazione di volontà (40).

4.° *La tutela*. Per decreto del senato sotto Marc-Aurelio al tutore di una donzella ed a tutti coloro che gli son congiunti per la patria potestà fu proibito il matrimonio con la pupilla fino a che la tutela fosse finita, finchè il conto fosse reso e fosse anche passato (41) il termine della *restitutio* (42).

(30) § 2. 3. J. *eod.* L. 23. D. *de adopt.* (1. 7.) L. 12. § 4. L. 17. pr. § 1. L. 55. § 1. L. 67. § 3. D. *de ritu nupt.* (23. 2.), Theoph. I. 10. § 2. I. 11. pr.; *Lang.* nell' Archivio per la pratica civile vol. XXI. No. 12. e 17.

(31) § 2. J. *eod.*

(32) § 1. J. *eod.* L. 55. pr. D. *eod.*

(33) L. 14. § 2. L. 54. D. *eod.*

(34) § 6. 7. 9. J. *eod.* L. 14. pr. § 1. 4. L. 15. L. 21. D. *eod.* L. 5. L. 8. C. *de inc. nupt.* (5. 5.)

(35) § 9. J. *eod.* L. 12. § 1. 2. D. *eod.* L. 4. C. *de nupt.* (5. 4.)

(36) Ulp. V. 7.; Collat. VI. 2. 3.; L. 39. § 1. D. *eod.*

(37) L. 68. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) L. 6. C. *de inc. nupt.* (5. 5.) Nov. 12. c. 1.; Nov. 89. c. ult.

(38) L. 2. C. *si nupt. ex rescr. pet.* (5. 8.) Non pertanto la L. 9. C. *de inc. nupt.* (5. 5.) di Anastasio mostra che non sempre si stette fermo a ciò, e forse anche la Nov. 139. ne contiene un esempio.

(39) L. 38. L. 57. pr. L. 63. L. 65. § 1. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) L. 3. § 1. D. *de don. inter.* V. et U. (24. 1.) L. 1. C. *si rector prov.* (5. 2.)

(40) L. 65. § 1. D. *eod.* L. 6. C. *de nupt.* (5. 4.)

(41) V. sopra § 85. N. 8.

(42) L. 20. L. 39. L. 54. L. 60. L. 64. L. 67. D. *eod.* L. 28. § 3. D. *de lib. et*

5.° *Un delitto.* Costantino il primo proibì il matrimonio del rapitore con la rapita e nel tempo stesso minacciò severe pene contro il ratto (43), le quali furono anche aggravate dagl'imperadori seguenti (44). Per verità Valente ne mitigò il rigore disponendo che dopo 5 anni non si potesse più ammettere l'accusa, e che allora dovesse anche rimaner valido il matrimonio (45), ma Giustiniano dichiarò nuovamente che il matrimonio fosse assolutamente nullo (46).

6.° *La diversità di religione.* Fino a che i Romani ebbero una religione propria, questa potè essere una delle cagioni perchè il loro matrimonio coi peregrini non fosse valido. Ma al tempo dell' impero come per la cittadinanza così pure pel matrimonio non si badò più alla professione di religione(47); soltanto tra i Cristiani e Giudei fu vietato il matrimonio da Valentiniano II. e Teodosio I. (48). Non pertanto il riguardo alla religione potè forse essere anche una delle ragioni della proibizione fatta dallo stesso Valentiniano II. di contrar matrimonio con barbari stranieri (49).

B. Impedimenti assoluti.

§ 105. Annoveransi tra gl' impedimenti assoluti:

1.° *La schiavitù.* Gli schiavi sono incapaci di un legittimo matrimonio (1). Nondimeno si considerava come una imperfetta liberazione dalla servitù, quando alcuno formalmente toglieva a moglie la schiava sua o quella di un altro col consentimento del padrone, e per conseguenza dopo che la *lex Junia Norbana* elevò alla condizione di Latine quelle che erano imperfettamente liberate (2), un siffatto matrimonio valse anche come matrimonio di coscienza del pari che quello contratto con altre peregrine, e Giustiniano il quale concedè la cittadinanza

posth. (28. 2.) L. 7. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.) L. 1. 5. 6. 7. C. *de interd. matr.* (5. 6.) L. 17. C. *de excus.* (5. 62.)

(43) L. 1. C. Th. *de raptu virg.* (9. 24.)

(44) L. 2. C. Th. *eod.* L. 1-3. C. Th. *de raptu vel matrim.* Sanctimon. (9. 25.)

(45) L. 3. C. Th. *de raptu virg.* (9. 24.)

(46) L. un. C. *eod.* (9. 13.) Nov. 143. Nov. 150.

(47) V. sopra § 19.

(48) L. 6. C. *de Judaeis* (1. 9.)

(49) V. Nota 5.

(1) Ulp. V. 5.; Collat. IV. 5.; Paul. S. R. II. 19. § 6. L. 3. C. *de inc. nupt.* (5. 5.) Nov. 22. c. 10.

(2) V. la mia storia § 80.

a tutti i liberti (3) ebbe per conseguenza a dichiarar valido un tal matrimonio (4). Solo quando un decurione sposava segretamente una schiava, questo matrimonio secondo la disposizione di Costantino si teneva interamente nullo e degno di pena (5).

2.° *L' incapacità di generare.* Siccome il matrimonio è poggiato sulla diversità de' sessi e questa non può perfettamente trovarsi che tra persone capaci di generare, così 1) i matrimoni contratti da impuberi non diventano efficaci che col sopraggiungere della pubertà (6), e 2) i matrimoni de' castrati sono interamente nulli (7). Ma ciò non si estende agli altri inabili alla generazione, imperocchè la loro incapacità vien riguardata come giuridicamente incerta (8), ed appunto per tal ragione anche i vecchi non sono esclusi dal matrimonio, quantunque i loro matrimoni non sempre li liberavano dai danni del celibato introdotti dalla *lex Julia et Papia Poppaea* (9).

3.° *Un matrimonio già esistente.* La poligamia non è permessa (10). Di già l'editto del pretore avea colpito d'infamia la celebrazione di un nuovo matrimonio, senza che precedentemente fosse sciolto il primo (11). Nondimeno si disputò intorno a ciò se un siffatto matrimonio fosse da tener nullo, o se si dovesse piuttosto considerare come un divorzio del precedente matrimonio (12), finchè non fu introdotta sotto Augusto una determinata forma di divorzio (13). Dopo questo tempo

(3) V. la mia storia § 131.

(4) L. un. § 9. C. *de Lat. lib. toll.* (7. 6.) Nov. 22. c. 11.

(5) L. 3. C. *de inc. nupt.* (5. 5.)

(6) L. 13. § 1. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 8. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 4. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) L. 32. § 27. D. *de don. int.* V. et U. (24. 1.) L. 10. pr. D. *de condit.* (35. 1.) L. 30. D. *quando dies* (36. 2.) L. 17. § 1. L. 18. L. 19. pr. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.) L. 13. § 8. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.) L. 24. C. *de nupt.* (5. 4.)

(7) L. 39. § 1. D. *de jure dot.* (23. 2.) L. 14. § 1. D. *de manum vind.* (40. 2.)

(8) V. i passi citati nella nota 7, e Teofilo I. 11. § 9.; L. 10. C. *de repud.* (5. 17.) Nov. 22. c. 6.

(9) L. 27. C. *de nupt.* (5. 4.); Ulp. XVI. 3. 4.; Sueton. in Claud. c. 23. Confr. la mia St. § 101. n.° 8. § 102. n.° 9. § 103. n.° 6.

(10) § 6. 7. J. *de nupt.* (1. 10.) L. 11. D. *de divort.* (24. 2.) Nov. 18. c. 5; Cesare avea l' intenzione d'introdurre la poligamia, ma nondimeno abbandonò queste progetto; Sueton in Caesare c. 32., e lo stesso è da dire di Valentiniano I. Cassiodor. Varior. VIII. 11.; Paul. Diac. de gest. Rom. ad Eutrop. lib. XI.

(11) L. 1. L. 13. § 1. 2. D. *de his qui not. infam.* (4. 2.) L. 2. C. *de inc. nupt.* (5. 5.)

(12) Cic. de *Orat.* I. 40. 56.

(13) V. appresso § 107.

non si potè più dubitare della nullità; e più tardi vi fu applicata anche una pena (14). Presso i Giudei fu per lungo tempo tolerata la pluralità delle mogli consentita nella legge mosaica, ma Teodosio I. la proibì anche ad essi (15).

4.° *L'anno del lutto*. Per un antichissimo costume le vedove debbono per un anno portare il lutto de' loro mariti, e non possono rimaritarsi durante quest' anno, il quale prima di Graziano non era che un anno Romuleo di 10 mesi (16). Pei suicidi, giustiziati, e traditori della patria non vi è dovere di lutto (17), ma il pretore anche alle vedove di costoro impose di aspettare un anno per rimaritarsi, affinchè non ne risultasse alcuna incertezza sulla paternità rispetto ad un figlio (18), e per questa ragione il medesimo termine fu esteso da Onorio anche alle donne che avesser fatto divorzio, con l'aggiunta che queste quando esse medesime avesser chiesto il divorzio dovessero per pena aspettar cinque anni, ma Teodosio II. restrinse questa aggiunta solo al caso di un divorzio senza ragione (19). Nondimeno l' inosservanza dell'anno di lutto ha solo per conseguenza l'infamia, la pena, ma il matrimonio rimane valido (20), tranne quando una donna divorziata per sua colpa abbia contratto prima de' cinque anni un nuovo matrimonio, giacchè questo in tal caso è nullo (21).

5.° *L'adulterio*. La *lex Julia de adulteriis* vieta per sempre il matrimonio coll'adultera che accusata dal marito non sia stata dichiarata innocente (22). Ma la contravvenzione a questo divieto vien punita soltanto (23); nondimeno è nullo per disposizione di Giustiniano il matrimonio che ella contraesse con lo stesso adultero (24). Per contrario lo

(14) L. 2. C. *de inc. nupt.* (5.5.) L. 18. C. *ad leg. Jul. de adult.* (9. 9.) Nov. 89. c. 12. § 5.

(15) L. 7. C. *de Judaeis* (1. 9.)

(16) L. 1. L. 8-11. D. *de his qui not.* (3.2.) L.1. L.2. C. *de secund. nupt.* (5.9.) Cic. pro Cluent. c. 12. Ovid. Fast. I. v. 33-36.

(17) L. 11. § 3. D. *eod.*

(18) L. 11. § 1. D. *eod.*

(19) L. 2. C. Th. *de repud.* (3. 16.) L. 8. § 4. C. *de repud.* (5. 17.) Confr. L. 53. § 3. C. *de Episc.* (1. 3.) Nov. 22. c. 15. 16. 18-22. Nov. 39. c. 2.

(20) Cic. pro Cluent. c. 12.; L. 1. L. 11. § 3. D. *de his qui not.* (3. 2.) L. 1. C. *de secund. nupt.* (5. 9.) L. 4. C. ad Sct. Tertull. (6. 56.) Nov. 22. Cap. 22.

(21) L. 8. § 4. C. *de repud.* (5. 17.)

(22) L. 26. L. 34. § 1. D. *de ritu nupt.* (23. 2.), ed i passi citati nella Nota 23. e 24.

(23) L. 1. § 2. D. *de concub.* (25. 7.) L. 29. § 1. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48.5.) L. 9. C. *eod.* (9. 9.)

(24) Nov. 134. c. 12.

stesso Giustiniano diè la facoltà al marito di ripigliare fra due anni la sua moglie, il che prima non era così (25).

6.° *Lo stato ecclesiastico*. Pel tempo del paganesimo si può dire qui che le donzelle Vestali solo dopo i 30 anni potevano deporre il loro ufficio, e quindi non si potevano maritare prima di tal tempo (26). Sotto gl' imperadori cristiani i monaci e le monache furono interamente esclusi dal matrimonio (27). Ai cherici propriamente detti rimase permesso il matrimonio con donzelle oneste (28), ma i cherici de' quattro ordini superiori non potevano contrarre alcun nuovo matrimonio (29).

III. CELEBRAZIONE DEL MATRIMONIO (*).

§ 106. Il matrimonio esiste solo pel consenso de' conjugi (1). Nondimeno si ritiene per consenso il silenzio della figlia quando il padre contrae per lei (2), ed ancora non nuoce se un figlio si è lasciato costringere dal padre a consentire (3). In altro caso la violenza rende nulla la convenzione (4), e lo stesso è per la mancanza di una seria volontà (5); al contrario il dolo e l'errore non son presi in considerazione, se non quando una schiava sia stata creduta libera (6), o si sia sposata tutt'altra persona da quella che s' intendeva sposare (7).

1.° Per ciò che riguarda il così detto libero matrimonio basta il sem-

(25) Nov. 134. c. 10. Confr. con la L. 9. C. *cit.*

(26) Liv. I. 3.; Dion Hal. II. 67.; Plutarc. in Numa c. 10.; Symmachi Epist. IX. 108.; Prudent. contra Symmachum II. 1081.

(27) L. 5. C. *de Episc.* (1. 3.) Nov. 5. c. 8.

(28) L. 2. §. 4. L. 19. C. *eod.* Nov. 22. c. 42. Nov. 123. c. 12. 29.

(29) L. 45. C. *eod.* Nov. 5. c. 8. Nov. 6. c. 1. §. 3. e. 5. Nov. 22. c. 42. Nov. 123. c. 14.

(*) *Brissonius* de vet. ritu nupt. L. B. 1641. 12. (*Graevii* Thes. T. VIII. p. 1007. seg.); *Hasse* op. cit. p. 30. seg.

(1) L. 2. D. *de ritu nupt.* (23. 2) L. 11. D. *de sponsal.* (23. 1).

(2) L. 12. D. *eod.* L. 20. C. *de nupt.* (5. 4).

(3) L. 21. L. 22. D. *de ritu nupt.* (23. 2) L. 12. C. *de nupt.* (5. 4) Confr. Gell. II. 7.; Quintil. Declam. 176.; L. 12. D. *de his qui not.* (3. 2).

(4) L. 14. L. 18. C. *eod.* L. 20. L. 29. D. *de ritu nupt.* (23. 2).

(5) L. 30. D. *eod.*

(6) Nov. 22. c. 10. 11.

(7) L. 32. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 63. § 21. L. 68. § 4. D. *de furtis* (47. 2.).

plice consenso (8) senz'altra formalità (9). Solo in quattro casi secondo le costituzioni di Zenone e Giustiniano si richiede un contratto di matrimonio per iscritto *instrumenta dotalia*, cioè quando alcuno vuole avere a moglie la sua concubina (10), quando si sposa una schiava(11), quando un patrono sposa la sua liberta (12), e quando si contrae matrimonio da persone di alto grado (13).

2.° Al contrario per contrarre l' antica *in manum conventio* regolarmente si richiedeva una *coemptio* una doppia mancipazione, giacchè gli sposi reciprocamente si mancipavano l'uno all'altro (14), nella qual cerimonia si usava lo strano costume di chiamarsi sempre *Cajus et Caja* (15). Solo quando un sacerdote di qualsivoglia specie contraeva un tal matrimonio dovea aver luogo una *confarreatio*(16) cioè un solenne sacrifizio fatto alla presenza del *Pontifex maximus*, de'tre Flamini maggiori, e di dieci cittadini romani; in questo sacrifizio si faceva uso di un pane di farro e di un agnello, e gli sposi sedendo sul vello della vittima con certe determinate formole pronunziavano il loro consenso (17). Nel tempo più antico la *manus* poteva risultare anche dalla

(8) L. 11. D. *de sponsal.* (23. 1.) L. 66. pr. D. *de don. int.* U. *et* V. (24. 1.) Nov. 22. c. 3. Non è necessario alla conchiusione del matrimonio l'effettuazione del concubito L. 30. D. de R. I. (50. 17) L. 15. D. *de condit.* (35. 1) L. 32. §. 13. *de don. int.* V. et U. (24. 1.) L. 6. L. 7. D. *de ritu nupt.* (23. 2) L. 8. C. *de inc. nupt.* (5. 5.).

(9) L. 4. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 31. pr. D. *de donat.* (39. 5.) L. 9. L. 13. L. 22. C. *de nupt.* (5. 4.) L. 11. pr. C. *de repud.* (5. 17.) Nov. 22. c. 3. 18. Nov. 74. c. 5. Nov. 117. c. 3.; *Brissonius* de formulis VI. 124.

(10) L. 5. L. 11. C. *de natur lib.* (5. 27) Nov. 12. c. 4. Nov. 89. c. 8.

(11) L. un §. 9. C. *de Lat. lib. toll.* (7. 6). Non si oppone la Nov. 22. c. 11.

(12) L. 23. §. 7. C. *de nupt.* (5. 4) Nov. 78. c. 3.

(13) Nov. 117. c. 4. 6. Confr. con la Nov. 74. c. 4.

(14) Caj. I. 113-115.; Cic. de Orat. I. 56., pro Flacco c. 34.; Boethius ad Top. Cic. lib. II. ad c. 3.; Servius ad Virgil. Georg. I. v. 31. ad Aeneid. IV. v. 103. 214.; Isidori Orig. V. 24.

(15) Cic. pro Murena c. 12.; Festus p. *Caja*; Plutarc. Quaest. Rom. p. 99. ed. Reiske.

(16) Boethius l. c. « Confarreatio solis Pontificibus conveniebat ». Pontifices qui non si prendono nel senso stretto ma nella significazione generale di Sacerdoti, il che apparisce da Tacit. Ann. IV. 16., e Caj I. 112. Ma non ha alcun fondamento l'ipotesi che qui sotto la parola Pontifices si abbian da intendere i Patrizii e che per conseguenza la *coemptio* si riferisca ai plebei. Ciò è una conseguenza dell' inesatta idea del diverso dritto dei Patrizii e dei plebej. Vedi la mia St. §. 16.

(17) Caj I. 112.; Ulp. IX.; Serv. ad Virgil. Georg. I. v. 31. ad Aeneid. IV. v. 104. 374.; Dion Hal. II. 25.; Plin. H. N. XVIII. 3.

prescrizione usus (18), il che però presupponeva un libero matrimonio, vale a dire questo matrimonio secondo la sua idea primitiva doveva essere una unione semplicemente provvisoria e separabile a talento, che si poteva contrarre per esperimento, quando alcuno avea difficoltà di passare immediatamente alla *in manum conventio* regolarmente indissolubile, ma che da sè stessa si trasformava nella *in manum conventio* come un proprio matrimonio, tostochè nello spazio di un anno non erasi sciolta (19). Ma di già le leggi delle XII. Tavole con la introduzione del *trinoctium usurpandi causa* apprestarono un mezzo di conservar libero il matrimonio, giacchè esse stabilirono, che quella prescrizione non dovesse aver luogo, quando la moglie annualmente avesse passato tre notti fuori la casa del marito (20), e più tardi fu anche ammesso il principio, che per le donne sotto tutela non potesse aver luogo l'*usus*, perchè in questo caso il consenso del tutore a cagione della sua forma non era possibile (21). Per tal modo si vennero gli uomini accostumando a considerare il libero matrimonio come uno stato permanente, e questo menò non solamente alla legale abolizione dell' *usus* (22), ma ancora a far cadere in disuso la *in manum conventio*, giacchè il libero matrimonio meglio rispondeva ai costumi più rilasciati de' Romani posteriori, e questa mutazione così subitamente si effettuò che la *in manum conventio* al principio dell' impero era già quasi totalmente caduta in dissuetudine (23). Del resto originariamente prima di ogni matrimonio si prendevano gli auspici (24), ed in tutt' i tempi furono in uso parecchie solennità e feste nuziali (25), e fu in costume di menar solennemente la moglie in casa del marito, tra le quali solennità eravi quella di riceverla nell' acqua e nel fuoco del marito, e di menarla in casa con un'apparente vio-

(18) Caj. I. 110.

(19) Caj. I. 111.; Serv. ad Virg. Georg. I. v. 31. *Schrader* nel Mag. Civ. di Hugo vol. V. p. 140. ed *Hasse* l. c. §. 19. s. hanno delle altre idee.

(20) Caj. l. c.; Gell. III. 2.; Macrob. Saturn. I. 3.

(21) Cic. pro Flacco c. 34. Veramente non è indicato il tempo in cui sorse questo principio; ma nondimeno pare che si possa riferire al 6.° secolo di Roma, in cui si vede il tentativo che per la prima volta si manifestò nella leg. Voconia, d' impedire che il patrimonio non uscisse dalla famiglia per mezzo delle donne.

(22) Caj. l. c. « Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est ». La desuetudo qui potrebbe riferirsi al principio stabilito senza dubbio per consuetudine, che per le donne sotto tutela non si verificasse l' Usus.

(23) Tac. Ann. IV. 16.

(24) Cic. de divinat. I. 16. 46.; Valer. Max. II. 1. §. 1.

(25) *Brissonius* l. c.; *Kreuzer* Antichità §. 69.

lenza (26). Ma tutto ciò non era necessario (27), quantunque nel caso d' incertezza sopra il momento del contratto di matrimonio, l' introduzione della donna nella casa conjugale fosse riguardata come il principio del matrimonio (28). Pei cristiani venne ben presto in uso il costume della benedizione ecclesiastica del matrimonio (29), ma nondimeno non era qualche cosa di essenziale (30), e la disposizione di Giustiniano che le persone di alto grado dovessero porre in iscritto il loro contratto di matrimonio innanzi al *defensor* di una chiesa e ad alcuni preti, tendeva solamente ad assicurarne la pruova (31).

VI. SCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO (*).

§ 107. Lo scioglimento del matrimonio avviene o di per sè stesso, o sulla dimanda di una parte mediante divorzio *repudium*, *divortium*, *discidium* (1).

1.° Di per sè stesso il matrimonio si scioglie soltanto per la morte (2), per l'entrata in un monastero (3), e per la *capitis diminutio* di uno de' conjugi. Per rispetto a quest'ultimo punto si vuol anche distinguere: 1) la *capitis diminutio maxima e media* scioglie sempre il matrimonio (4), solo è da por mente che quando una parte cade in i-

(26) L. 9. D. *de sponsal.* (23. 1.) L. 5. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) L. 66. D. *de don. int.* V. et U. (24. 1.); Dion Hal. II. 30.; Plutarc. Quaest. Rom. princ. §. 19. 87.

(27) L. 22. C. *de nupt.* (5. 4.).

(28) L. 15. D. *de condit.* (35. 1.) L. 6. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.) L. 24. C. *de nupt.* (5. 4.).

(29) *Gothofredus* ad L. 3. C. Th. *de nupt.* (3. 7.) ha riunito delle pruove da Tertulliano ed altri fonti.

(30) La benedizione nuziale non si trova nell' Occidente come cosa essenzialmente richiesta se non per la prima volta nei Capitular. lib. VI. c. 130. 327. 408.; e nell'Oriente la prima volta nella Novella Leonis 89.

(31) Nov. 74. c. 4.

(*) *Wachter* Sul divorzio dei Romani. Stuttgart 1822. 8.; *Klenze* nel giornale per le cognizioni storiche del dritto vol. VII. n. 2.

(1) L. 101. D. de V. S. (50. 16) L. 14. §. 2. D. *qui et a quibus manum.* (40. 9); *Wachter* p. 58. s. discidium viene principalmente adoperato a significare il divorzio che una parte ha cagionato per la sua cattiva condotta, Fragm. Vat. §. 106. 121.; L. 11. §. 13. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.) L. 8. D. *de captiv.* (49. 15) L. 8. §. 2. C. *de repud.* (5. 17).

(2) L. 1. D. *de divort.* (24. 2).

(3) L. 53. §. 3. D. *de episc.* (1. 3.) Nov. 22. c. 5. Nov. 117. c. 10. Nov. 123. c. 40.

(4) L. 1. D. *de divort.* (24. 2). L. 56. D. *sol. matr.* (24. 3) L. 5. pr. D. *de bon. damn.* (48. 20) L. 45. §. 6. D. *de ritu nupt.* (23. 2). Nov. 22. c. 9.

schiavitù presso il nemico, l'altra non si può rimaritare finchè quella è in vita, ovvero fino a 5 anni dopo l'ultima notizia avuta sulla vita di lei (5), e quando un conjuge è deportato, l'altro ha il dritto di considerare il matrimonio come tuttora sussistente (6). 2) Per contrario la *c. d. minima* scioglie il matrimonio solamente nel caso che un conjuge per effetto dell' adozione è venuto in un tal rapporto di parentela con l' altro, che non lo avrebbe potuto sposare (7) (a). La sopravvegnenza di altri impedimenti del matrimonio non ha alcun effetto (8).

2.° Il divorzio di un matrimonio contratto con la *manus*, il quale conteneva una *capitis diminutio minima*, perchè per esso la moglie usciva di nuovo dalla famiglia del marito, richiedeva da prima una *remancipatio*, la quale consisteva in una seconda applicazione della mancipazione (9), salvo nel caso della confarreazione, in cui si adoperava una *diffarreatio* corrispondente nella forma alla confarreazione (10). Pel matrimonio libero per lungo tempo non vi fu alcuna determinata forma di divorzio (11), ma la *lex Julia de adulteriis* prescrisse che chi voleva far divorzio dovesse far rimettere una dichiarazione scritta *libellus repudii* per mezzo di un suo liberto innanzi a 7 cittadini romani (12), e questa avea effetto anche quando l' altro conjuge non ne avesse avuto conoscenza (13). Il divorzio non può essere un do-

(5) L. 6. D. *de divort.* (24. 2). Nov. 22. c. 7. Confr. con L. 1. D. *eod.* L. 45. §. 6. D. *de ritu nupt.* (23. 2). L. 8. L. 12. §. 4. L. 14. §. 1. D. *de captiv.* (49. 15). L. 5. C. *sol. matr.* (5.18). Ma si può anche prima impetrare il divorzio Nov. 117. c. 12.

(6) L. 5. §. 1. *de bon. damn.* (48. 20). L. 1. C. *de repud.* (5. 17.) L. 24. C. de Don. int. V. et U. (5. 16). Nov. 22. c. 13. Non si oppone la L. 56. D. sol. matr. (24. 3).

(7) L. 12. pr. §. 4. L. 17. §. 1. L. 67. §. 3. D. *de ritu nupt.* (23. 2); Théoph I. 10. §. 2. I. §. 11. pr.

(8) L. 3. C. *de interd. matrim.* (5. 6.) L. 44. §. 6. 7. D. *de ritu nupt.* (23. 2) L. 28 C. *de nupt.* (5. 4).

(9) Festo p. *Remancipatio*; Caj. I. 137.

(10) Festo p. *Diffarreatio*; Plutarc. Quaest. Rom. §. 50.

(11) Cic. de Orat. I. 40. 56. La formola di divorzio che si trova nelle dodici Tavole « *Res tuas tibi habeto* » Cic. Philipp. II. 28. apparteneva propriamente solo alla *Remancipatio* e *diffarreatio*, sebbene si adoperasse anche nel matrimonio libero.

(12) L. un §. 1. D. *unde vir et uxor* (38. 11). L. 9. D. *de divort.* (24. 2). L. 35. D. *de don. int.* V. et U. (24. 1). L. 6. C. *de repud.* (5. 17).

(13) L. 6. L. 7. C. *eod.* L. 6. D. *de divort.* (24. 2). L. 22. §. 7. D. *sol. matr.* (24. 3). Non si oppone la L. 8. pr. C. *eod.*

(a) *Per es. se un suocero adottasse il suo genero, giacchè questi per l' adozione entrando in qualità di figlio nella famiglia in cui trovasi la sua moglie diverrebbe il fratello agnato di colei di cui è già marito.* Nota del Tr.

vere che pel marito, e secondo il dritto di Giustiniano solamente per cagione di adulterio della moglie (14), mentre ne' tempi antichi il bere vino si assomigliava all' adulterio (15), e sotto gl' imperadori un senatore non poteva durare in matrimonio con una moglie che fosse condannata in pubblico giudizio, o fosse divenuta commediante (16). Ma per ciò che appartiene al dritto di far divorzio, nel matrimonio contratto con la *manus*, il quale non ammetteva alcuna arbitraria separazione, ma piuttosto dovea durar quanto la vita (17), solo il marito avea la facoltà di far divorzio (18), ma ciò oltre ai casi in cui era suo dovere di far divorzio (19), non gli era permesso se non a causa di veneficio della moglie, di supposizione di un falso figliuolo, e di contraffazione delle sue chiavi (20). Al contrario nel matrimonio libero in ogni tempo appartenne ad ambidue i conjugi il dritto di un volontario divorzio (21), essendo indifferente se questo avvenga per offese *ex offensa* ovvero per concorde volontà delle parti, *bona gratia* (22). Originariamente anche il *paterfamilias* di uno de' conjugi gli potea comandare il divorzio, ma Antonino Pio o Marc-Aurelio abolì ciò, eccetto solamente il caso di molto forti ragioni (23). Per verità gl'im-

(14) L. 2. §. 1. 6. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.) L. 2. C. *eod.* (9. 9.) Confr. Paul. S. R. II. 26. §. 8.; Collat. IV. 12.; Plin. Sec. Epist. VI. 31.

(15) Gell. X. 23.; Plin. H. N. XIV. 13.

(16) L. 43. §. 10. L. 44. §. 7. D. *de ritu nupt.* (23. 2). Ciò dovè cessare quando Giustino ebbe tolte le restrizioni del matrimonio de' Senatori. V. §. 104. Nota 16.

(17) Dion. Hal. II. 25. Di altra opinione è *Hasse* l. c. §. 41.

(18) Plutarc. in Romulo c. 22. La proposizione che si legge in Cajo I. 137. « Haec (sc. uxor in manu) autem repudio misso virum proinde compellere potest (se eam emancipare) atque si ei nunquam nupta fuisset » può avere soltanto il senso che quando il marito faceva divorzio, la moglie acquistava un dritto ad una formale rimancipazione, imperocchè soltanto questa, e non la semplice dichiarazione di volontà del marito la liberava dalla *Manus*. Di altra opinione è *Hasse* l. c. §. 42.

(19) V. Nota 14-16.

(20) Plutarc. in Romulo c. 22. Siccome la moglie in generale teneva le chiavi della casa Cic. Philipp. II. 28., così la κλειδῶν ὑποβολὴ presso Plutarco l. c. può riferirsi soltanto alle chiavi false procurate per aprire le cose che il marito tenea sotto chiave. Confr. Plin. H. N. XIV. 13.

(21) L. 2. C. *de inut. stip.* (8. 39). L. 14. C. *de nupt.* (5. 4.) L. 19. L. 134. D. de V. O. (45. 1.) Nov. 22. c. 4.

(22) L. 32. §. 10. L. 60. §. 1. L. 61. L. 62. pr. D. *de don. int.* V. et U. (24. 1). L. 6. D. *de divort.* (24. 2.) L. 14. § 4. D. *qui et a quib. manum.* (40. 9.) Nov. 22. c. 4.

(23) Paul. S. R. V. §. 15.; L. 5. C. *de repud.* (5. 17.) Nov. 22. c. 19. Confr. con Paul. S. R. II. 19. §. 2.; Fragm. Vat. § 116. Per la eccezione si dichiarano le L. 32. §. 20. D. *de don. int.* V. et U. (24. 1.) L. 4. D. *de repud.* (24. 2.) L. 22. §. 9. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 1. §. 5. D. *de lib. exhib.* (43. 30.); Fragm. Vat. §. 116.

peradori cristiani cercarono indirettamente d'impedire i divorzi per lievi motivi o al tutto senza ragioni, determinando legalmente i casi di un giusto divorzio, ed attaccando degli svantaggi a tutte le altre separazioni (24), ma la facoltà di far divorzio anche senza giusta ragione non fu mai tolta, anzi fu siffattamente tenuta come essenziale che la promessa di una pena convenzionale pel caso di divorzio non era obbligatoria (25). Solo alla liberta che avesse sposato il suo patrono la *lex Papia Poppaea* avea tolto interamente il dritto del divorzio (26). Oltre a ciò ha pur luogo la restrizione che i conjugi sotto la potestà paterna han sempre bisogno del consenso del loro padre per fare il divorzio (27), e secondo il dritto di Giustiniano è necessario il consenso di tutt' i genitori che han dato una *dos* o una *donatio propter nuptias* (28). Il primo divorzio che avvenne in Roma e che in conseguenza destò la generale indignazione, dicesi essere stato quello del cavaliere Sp. Carvilio Ruga l'anno di R. 519 (29), ma s' incontrano de' divorzi anche prima di questo (30), ed è incredibile che i matrimoni liberi non si sciogliessero frequentemente anche per l' innanzi. Quel divorzio però potè essere il primo e forse l'unico esempio di uno scioglimento del matrimonio contratto con la *manus*, senza motivi ragionevoli e legali (31), imperocchè Carvilio allegando che nel *census* si debba dichiarare con giuramento se alcuno viva in un *matrimonium liberorum quaerendorum causa* (32), si valse di questa circostanza come un pretesto per dividersi dalla sua onorevole ma sterile moglie, la qual cosa gli attirò la generale disapprovazione (33).

(24) L. 1. C. Th. *de repud* (3. 16.) di Costantino L. 2. C. Th. *eod.* di Onorio Nov. Theod II. lib. I. Tit. 12. (al. Tit. 18.) L. 8. C. *de repud.* (5.17.) di Teodosio II. L. 9. C. *eod.* di Anastasio L. 10. L. 11. C. *eod.* di Giustiniano Nov. 22. c. 4-9 14-18. Nov. 117. c. 8-13. Nov. 127. c. 4; Nov. 134. c. 11. V. appresso §. 115.

(25) V. i passi citati nella Nota 21.

(26) L. 11. D. *de divort* (24. 2.) L. un §. 1. D. *unde vir et uxor* (38. 11.)

(27) L. 5. C. *de repud.* (5 17.)

(28) L. 12. C. *eod.* Nov. 22. c. 19. Confr. con la L. 4. L. 5. C. *eod.* L. 20. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(29) Dion. Hal II. 26.; Plutarc. in Romulo c.6. in Numa c. 8.; Gell. IV. 3. XVII. 21.; Valer. Max. II. 1. §. 4.

(30) Valer. Max. II. 9. §. 2. VI. 3. §. 12.

(31) Ciò vuole indicare anche Valer. Max. II. 1. §. 4.

(32) Gell. IV. 3. 20.; Tabula Heracleensis sect. 11. nel Mag. Civ. di *Hugo* vol. III. p. 383. seg.; Cic. de Orat. II. 64.

(33) Sulle diverse spiegazioni veggasi *Montesquieu* Esprit des Lois XVI. Chap. 16., H. A. *van. de Water* Diss. *de divortio Carviliano.* Harderow 1801.; *Savigny* nel Giornale per le cognizioni storiche del dritto vol. V. n. 7.; *Zimmern* Ricerche elementari del dritto Romano. Heidelb. 1821. n. 14.; *Wachter* l. c. p. 79. seg.

V. EFFETTI LEGALI DEL MATRIMONIO.

1) *Relazioni personali.*

§ 108.

1.° Nel matrimonio libero i due conjugi stanno come persone indipendenti uno rispetto all'altro (1), dal che segue che la moglie rimane nella sua famiglia, e continua per conseguenza sopra di lei la patria potestà di suo padre (2) del pari che l'autorità de' suoi tutori (3).

2.° Per contrario per la *in manum conventio* (4) la moglie patisce una *capitis diminutio minima* (5), giacchè dalla sua famiglia passa in quella del marito, ed entra con lui o col padre di lui, se egli medesimo stia tuttora sotto la patria potestà, nel rapporto di una *filia familias* (6), ma col nome speciale di *materfamilias* (7). In conseguenza tutti i principi sopra i figliuoli sotto la patria potestà sono applicabili eziandio alla moglie (8), ed il marito in forza della sua *manus* avea quasi tutt' i dritti del *paterfamilias* (9), vale a dire il dritto di alienazione (10), il potere sulla vita e la morte della moglie (11), finchè la *lex Pompeja de parricidis* a. di R. 699 non proibì generalmente l'uccisione delle mogli (12). Anche dopo il divorzio il marito come censore della moglie poteva punire il delitto che avea dato occasione al divor-

(1) V. I miei tratti fondamentali del sistema di dritto dei Romani §. 17.; *Hasse* l. c. §. 28. seg.

(2) L. 1. §. 5. L. 2. D. *de lib. exhib* (43. 30.) L. 11. C. *de nupt.* (5. 4.) L. 7. C. *sol. matr.* (5.18.)

(3) Cic. pro Flacco c. 34.; L. 3. C. Th. *de contr. empt.* (3. 1.)

(4) *Hasse* l. c. §. 25. seg.

(5) Ulp. XI. 13.; Caj. I. 162. IV. 38.; Cic. Top. c. 4. Il Savigny è in parte di altra opinione Sistema vol. II. Aggiunta VI. n. XVII., ma solo per effetto della sua propria maniera di concepire la *cap. dim. minima.*

(6) Caj. I. 110. 114. 115. 118. 136. II. 139. 159.; Gell. XVIII. 6.

(7) Cic. Top. c. 4.; Festo p. *Materfamilias*; Quintil. Inst Orat. V. 10.; Gell. l. c.; Isidori Orig. VIII. 5.

(8) Caj. II. 86. 90. 139. 159. III. 3. 40. 84.; Ulp. XIX. 18. 19. XXII. 14. XXVIII. 3. XXIX. I.; Collat. VI. 2. 6.; Dion. Hal. II. 25.

(9) Caj. I. 108 seg.

(10) Caj. I. 118-123. il luogo monco di Cajo IV. 80. ci lascia in dubbio se il marito avesse anche il dritto della *noxae datio.*

(11) Dion. Hal. II 25.; Plutarc. in Romulo c. 22. Confr. con Valer. Max. II. 1. § 5. VI. 3. § 9.; Tertull. Apolog. c. 6.; Serv. ad Aeneid. I. v. 741.; Athenaeus X. 33. p. 429.; di altra opinione sono *Hasse* l. c. §. 26., e *Zimmern* Storia del dritto § 140.

(12) L. 1. D. *de leg. Pomp. de parric.* (48. 9.)

zio (13). Nondimeno il marito, del pari che il padre (14), poteva senza dubbio esser punito della ingiusta uccisione o de' maltrattamenti della moglie (15), il perchè era anche in costume di convocare un tribunale di famiglia pei delitti della medesima (16). Ma questi principi valevano soltanto nella vera *in manum conventio*. Vi era però anche un' apparente *in manum conventio* di due specie, la quale fu in uso più lungamente che la prima. 1) Non di rado le donne usavano apparentemente una coempzione *fiduciae causa* solamente per uscir dalla loro famiglia, ed allora il marito, *coemptionator* s. *senex ad coemptionem faciendam*, perchè un'arbitraria separazione era impossibile, secondo il modo convenuto vendeva la moglie a qualcuno, il quale conformemente a ciò che si era già pattuito, la liberava dal *mancipium*. Ma siccome in questo caso il legame era soltanto transitorio, così il *coemptionator* oltre al dritto di vendita non conseguiva gli altri dritti che altrimenti si sarebbero compresi nella *manus*, neppure per quel tempo che essa durava (17). 2) Siccome il *Flamen Dialis* non potea contrar matrimonio che per la confarreazione, e fin dal principio dell' impero niuna donna si voleva assoggettare alla *manus*, così un plebiscito sotto Tiberio stabilì che la moglie del *Flamen Dialis* non ostante la confarreazione si dovesse considerar come moglie libera (18). Questa legge potè durare finchè vi furono Flamini Diali; ma quelle apparenti coempzioni caddero senza dubbio in dissuetudine, quando più tardi il legame di famiglia ebbe perduto la sua antica importanza (19). Le regole comuni, le quali non solo han voga nel dritto di Giustiniano pei matrimoni liberi, ma anche prima generalmente ebbero luogo nella vera *in manum conventio* son le seguenti: 1) i figli cadono come legittimi sotto la potestà del

(13) Catone presso Gell. X. 23. « Vir cum divortium facit, mulieri judex pro censore esto; imperium, quod videtur, habet; si quid perverse tetreque factum est a muliere, mulctatur; si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur ».

(14) V. sopra §. 92. Nota 18 e 19.

(15) A ciò allude Catone presso Gell. nelle parole: « In adulterio uxorem tuam si deprehendisses, sine judicio impune necares » le quali indicano che il marito non sempre potea impunemente usar violenza alla moglie. Confr. anche Plin. H. N. XIV. 13.: » Egnatii Mecennii uxorem quod vinum bibisset e dolio interfectam fuste a marito, eumque caedis a Romulo absolutum ».

(16) Dion.Hal. l. c.; Sueton. in Tiber. c. 35.; Tacit. Ann. XIII. 32., Plin. H.N. XIV. 13.

(17) Caj. I. 114. 115. 118. 123. 136.; Cic. pro Murena c. 12.

(18) Tac. Ann. IV. 16. V. la mia St. §. 99.

(19) Al tempo di Cajo erano anche manifestamente in uso le coempzioni apparenti, come lo indicano le sue espressioni su questo punto.

padre (20). 2) I conjugi non possono essere obbligati a far testimonianza l'uno contro l'altro (21). 3) La moglie è tenuta alla fede conjugale, la cui violazione costituisce il delitto di adulterio (22), e sotto alcune condizioni dà al marito ed al padre della moglie anche la facoltà di ucciderla (23); ma il marito non ha lo stesso obbligo della fedeltà (24), tranne che Giustiniano elevò a giusta cagione di divorzio per la moglie il tenere nella casa conjugale delle donne di piacere (25). 4) La moglie deve rispetto al marito nello stesso senso che i figli a' loro genitori (26); 5) è anche obbligata di seguirlo e vivere con lui (27), 6) dal che dipende che il marito ha un interdetto *de uxore exhibenda* contro chiunque ritiene la sua moglie, anche contro il di lei *paterfamilias* (28). 7) Il marito può ritenere le ingiurie fatte alla moglie come fatte a lui medesimo e quindi agire per esse (29); e 8) in tutte le cause della moglie egli è il suo presunto procuratore (30). 9) D'altra parte la moglie è partecipe del grado del domicilio e del foro competente del marito (31). 10) Oltre dell'azione *de partu agnoscendo* per far riconoscere ed alimentare i figli introdotta da un Senatoconsulto Planciano sotto Vespasiano per le mogli separate (32), e da un altro decreto del sena-

(20) Caj. I. 55.; pr. §. 2. J. *de patr. pot.* (1. 9.)

(21) L. 4. D. *de test.* (22. 5.)

(22) L. 6. §. 1. L. 34. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.) Confr. con Paul. II. 26. § 14; L. 30. C. *ad leg. Jul. de adult.* (9. 9.) Nov. 134. c. 10. Anche nel *matrimonium injustum* l'infedeltà si riteneva come *crimen adulterii* L. 13. §. 1. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.)

(23) Paul. S. R. II. 26. §. 4-8.; Collat. IV. 2. 3. 7. 9. 12.; L. 23. L. 21. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.) L. 1. §. 4. D. *ad leg. Corn. de Sicar.* (48. 8.) L. 4. C. *ad leg. Jul. de adult.* (9. 9.) Nov. 117. c. 15. Anticamente eravi per tal caso il dritto di uccidere senza veruna restrizione; Gell. X. 23.

(24) Gell. l. c.; L. 6. §. 1. L. 34. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.) L. 13. C. *eod.* (9. 9.)

(25) Nov. 117. c. 9. §. 5.

(26) L. 14. § 1. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 2. D. *de act. rer. amot.* (25. 2.) L. 2. C. *eod.* (5. 21.)

(27) L. 65. D. *de judic.* (5. 1.) L. 5. D. *de ritu nupt.* (23. 2.)

(28) L. 1. §. 5. L. 2. D. *de lib. exhib.* (43. 30.) L. 3. C. *eod.* (8. 8.) L. 11. C. *de nupt.* (5. 4.)

(29) Caj. III. 121.; §. 2. J. *de injur.* (4. 4.) L. 1. §. 3. L. 2. D. *eod.* (47. 10.)

(30) L. 19. L. 21. C. *de procur.* (2. 13.) L. 6. C. *de recepto.* (2. 56.)

(31) L. 8. D. *de Senator.* (1. 9.) L. 19. pr. D. *de jurisd.* (2. 1.) L. 65. D. *de judic.* (5. 1.) L. 22. §. 1. L. 37. §. 2. D. *ad munic.* (50. 1.) L. 10. C. *de nupt.* (5. 4.) L. 9. C. *de incolis* (10. 39.) L. 13. C. *de dignit.* (12. 1.) Nov. 22. c. 36.

(32) L. 1. pr. §. 10. L. 3. §. 1. D. *de agnosc. et al. lib.* (25. 3.); Plin. Ep. X. 77.

to sotto Adriano conceduta alla moglie anche durante il matrimonio (33), non vi è altra azione per l'adempimento de' doveri conjugali (34). Il bisogno di siffatte azioni ne' matrimoni liberi non s' incontra per la libertà di far divorzio, e nel matrimonio con la *manus* non vi può essere per la ragione che ogni dritto è posto esclusivamente nelle mani del marito, e questi in forza della sua potestà può da sè far rispettare i suoi dritti.

2) *Relazioni circa il patrimonio.*

A. *Quelle che si formano per sè stesse.*

§ 109. Molto semplici erano le relazioni patrimoniali nel matrimonio con la *manus*, in cui tutto ciò che la donna possedeva al tempo del contratto di matrimonio passava, come per arrogazione, al marito (1), ma però senza i debiti (2), e ciò che ella acquistava durante il matrimonio a lui parimente spettava nello stesso modo che gli acquisti de' suoi figliuoli (3), cosicchè ella non poteva avere per se alcun patrimonio, ma del pari come figliuola dovea esser mantenuta dal marito. Ma tutto al contrario nel matrimonio libero il patrimonio di ambedue i conjugi rimane pienamente separato (4), quando essi non abbiano per convenzione stabilita una società (5). Per conseguenza se la moglie è indipendente, ella conserva il suo patrimonio, il quale, per contrapposto a ciò che si è recato in dote al marito, appellasi *bona receptitia* o *parapherna* (6), e del pari tiene per sè i suoi acquisti (7); ma se per contrario la mo-

(33) L. 2. §. 1. D. *eod.* § 12. *I. de act.* (4. 6.)

(34) Pel matrimonio con la *Manus* ciò vien detto da Dion. Hal. II. 25.

(1) Cic. Top. c. 4. pro Flacco c. 35.; Caj III. 82. 83. Quando Columella *de re rust. lib.* XII. in praef. dice che i conjugi nell' antica Roma avessero avuto e posseduto tutto in comune, ciò può esser vero soltanto pel rapporto di fatto e non già per la natura giuridica del rapporto che è tra loro. Nondimeno s' intende di per se che la moglie nel medesimo senso che si dice dei figliuoli, era comproprietaria del patrimonio. Confr. anche Plutarc. Quaest. Rom. princ. §. 7.; L. 1. D. *rer. amot.* (25. 2.)

(2) Caj. III. 84.; IV. 38. 80.

(3) Caj. II. 90.; Ulp. XIX. 18. 19.

(4) L. 1-3. C. *ne uxor pro marito* (4. 2.) L. 1. C. *ad leg. Jul. de vi* (9. 12.) L. 8. L. 11. C. *de pact. conv.* (5. 14.) L. 95. pr. D. *ad leg. Falcid.* (35. 2.)

(5) L. 32. §. 24. D. *de don int. V. et U.* (24. 1.)

(6) Gell. XVII. 6.; L. 9. §. 3. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 8. L. 11. C. *de pact. conv.* (5. 14.)

(7) L. 6. C. *si quis alteri vel sibi* (4. 50.) L. 31. §. 1. D. *de don.* (39. 5.)

glie sta sotto la patria potestà, ella acquista per suo padre (8), il quale però le può dare anche un *peculium* (9). Neppure sull'amministrazione del patrimonio parafernale ha dritto il marito (10), e se questa dalla moglie gli vien affidata, egli può, secondo la decisione di Giustiniano, senza uno speciale mandato agire per la riscossione de' crediti appartenenti a questo patrimonio (11); ma dee render conto della sua amministrazione (12) e restituire dopo il matrimonio tutto ciò che ha ricevuto insiem coi proventi, ovvero darne la debita indennità, purchè non sia stato consumato col consenso della moglie o almeno per oggetti di comune utilità (13); di più egli non acquista la proprietà delle cose, se non quando espressamente gli sia stata trasferita, nel qual caso egli nel restituire il patrimonio non dee rendere le cose medesime, ma solo il loro valore (14). Da questa separazione del patrimonio segue ancora naturalmente che i conjugi in quanto agli affari patrimoniali possono del pari che le altre persone fare tra loro delle convenzioni e istituir de' giudizi (15). Intanto anche il matrimonio libero produce per legge parecchi speciali rapporti circa il patrimonio: 1) Le azioni infamanti sono in tutto escluse tra' conjugi (16); 2) il marito, o il suo padre, quando egli è tuttora sotto la patria potestà, deve egli solo alimentare la moglie e i figliuoli, ed in generale sostener tutt' i pesi del matrimonio, senza che la moglie abbia nulla a dare per tal riguardo (17). 3) Le donazioni tra' conjugi son nulle (18), il che pel matrimonio con la *manus* risulta dalla natura stessa delle cose; ma come cosa conveniente alla relazione conjugale (19) fu dalla consuetudine e-

(8) V. sopra §. 53. Nota 2.

(9) L. 65. §. 1. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 24. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 7. C. *sol. matr.* (5. 18.)

(10) L. 8. C. *de pact. conv.* (5. 14.)

(11) L. 11. C. *eod.*

(12) L. 95. pr. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

(13) L. 95. pr. D. *cit.* L. 17. C. *de don. int.* V. et U. (5. 16.), Nov. Valentin. III. tit. 15.; L. 11. C. *de pact. conv.* (5. 14.)

(14) L. 9. §. 3. *de jure dot.* (23. 3.)

(15) Si contengono delle eccezioni nelle note 16. e 18., e nelle L. 1. L. 2. C. *ne fidejuss. dotis dentur* (5. 20.)

(16) L. 2. D. *rer. amot.* (25. 2.) L. 2. C. *eod.* (5. 21.)

(17) L. 20. §. 2. L. 46. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 56. §. 2. D. *de jure dot.* (23. 2.) L. 21. pr. D. *de don. int.* V. et U. (24. 1.) L. 22. §. 8. D. *sol. matr.* (24. 3.)

(18) L. 3. §. 10. L. 5. §. 3. 4. 18. L. 39. D. *de don. int.* V. et U. (24. 1.); Ulp. VII. 1.

(19) L. 1. L. 2. L. 3. pr. D. *eod.*; Plutarc. Quaest. Rom. §. 7.

steso anche al matrimonio libero (20). La nullità si estende ancora alle donazioni di quelle persone, e fatte a quelle persone le quali son legate per la *potestas* all'altro conjuge (21); però va soggetta a parecchie eccezioni (22), e cessa generalmente, secondo un decreto del senato sotto Settimio Severo e Caracalla, quando il donante è morto senza aver rivocata la donazione (23). Sull'autorità del giureconsulto Q. Muzio Scevola (24) per tutte le cose che sono in possesso della moglie, e delle quali ella non può dimostrare l'acquisto, si presume che le sieno state donate dal marito (25). 4) Le sottrazioni tra i conjugi non son considerate come furti (26), il qual principio parimente dal matrimonio con la *manus* (27) fu trasportato al matrimonio libero (28). 5) Tutto ciò che un conjuge ha acquistato gratuitamente dall'altro o tra vivi o a causa di morte viene indicato come *lucrum nuptiale* s. *matrimonii* (29), e per questo valgono sotto più rapporti de'principi diversi da quelli che han vigore pel resto del patrimonio (30). 6) Le fidejussioni della moglie pel marito sono da Giustiniano dichiarate invalide in qualunque circostanza (31). 7) La moglie per le bastonate ricevute dal

(20) L. 1. D. *eod.*

(21) L. 3. §. 2-9. L. 32. §. 16. D. *eod.*; Plutarc. l. c.

(22) L. 5. §. 13-17. L. 7. §. 1. L. 8. L. 25. L. 50. D. *eod.* L. 7. § 2. D. *eod.* L. 13. §. 1. D. *eod.* L. 14. D. *eod.* L. 40. L. 41. L. 42. D. *eod.*; Ulp. VII. 1. L. 34. §. 8. D. *eod.* L. 9. §. 2. L. 10. D. *eod.* L. 11. §. 11. L. 60. §. 1. L. 61. L. 62. pr. D. *eod.* L. 26. C. *eod.* (5. 17.) A queste eccezioni son da riferirsi i Fragm. Vat. §. 302.

(23) L. 32. L. 33. L. 23. L. 3. pr. D. *eod.*; Paul. S. R. II. 23. §. 56. Confr. Nov. 162. c. 1.

(24) V. la mia St. §. 64.

(25) L. 51. D. *eod.* L. 6. C. *eod.* (5. 17.)

(26) L. 1. L. 2. L. 6. §. 5. L. 17. §. 2. 3. L. 18. L. 22. §. 1. L. 24. L. 25. D. de *act. rer. am.* (25. 2.) Sull'eccezione per effetto dell'*actio rerum amotarum* nel divorzio veggasi appresso §. 115. N. 4.

(27) In questo matrimonio ciò si deduceva dal principio che le sottrazioni da parte di coloro su i quali il derubato avea la *potestas*, in generale non si ritenevano come furti L. 17. pr. D. *de furtis* (47. 2.), e che la moglie non avea nulla di proprio che il marito le avesse potuto involare. Confr. L. 1. D. *de act. rer. am.* (25. 2.)

(28) Una simile estensione si trova pei liberti, come se anche questi stessero nella potestà del *patronus* L. 91. D. *de furtis* (47. 2.)

(29) L. 3. L. 9. L. 11. C. *de secund. nupt.* (5. 9.) L. 8. §. 7. C. *de repud.* (5. 17.) L. 5. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(30) L. 4. C *de inc. nupt.* (5. 5.) L. 3. L. 4. L. 5. L 6. §. 1-3. L. 7. L. 8. L. 9. L. 11. C. *de secund. nupt.* (5. 9.) L. 8. §. 7. C. *de repud.* (5. 17.) L. un. C. *si const. matr.* (5. 19.) L. 5. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) Nov. 22. c. 23-26. Nov. 68.

(31) Nov. 134. c. 8.

marito può domandare una terza parte dell'ammontare della *donatio propter nuptias* (32). A ciò si aggiungono anche certi rapporti patrimoniali, i quali per verità non vengono di per sè stessi, ma presuppongono una speciale disposizione, nondimeno non son possibili che nel matrimonio, come la *dos* e la *donatio propter nuptias*.

B. Relazioni patrimoniali che richiedono una speciale disposizione.

a) *Dos*, *res uxoria* (*)

α) Nozione e formazione delle medesime.

§ 110. Tutto ciò che si arreca al marito o al suo *paterfamilias* per aiutarlo a sostenere i pesi del matrimonio chiamasi dote *dos* s. *res uxoria*, la quale è *profectitia* quando è data dal padre della moglie, ed al contrario *adventitia* quando è data dalla moglie medesima, o da qualsivoglia altro (1). La *dos* incontrasi già fin ne' tempi più antichi (2) anche nel matrimonio con la *manus* (3), ed è molto favorita in dritto (4), ond' è che in tutt' i rapporti dotali si dee osservar la massima buona fede (5), e che la promessa di una dote senza una stipulazione formale, come semplice promessa produce un' azione (6); da prima veramente sol quando la moglie medesima, o suo padre, o un suo debitore avesser promesso una dote (7), ma dopo Giustiniano, generalmente in ogni caso (8). La dote suppone come condizione indispensabile un matrimonio valido (9), ma per contrario non è assolutamente necessario che si

(32) Nov. 117. c. 14.

(*) J. *Finestres et de Monsalvo de jure* dot. libri V. Cervar. 1754. 4.; *Schenk* Il dritto della dote prima di Giustiniano. Landshut 1812. 8.; *Hasse* l. c. §. 58., e nel Museo Renano vol. II. p. 75. seq.; W. di *Tigerstrom*. Il dritto dotale dei Romani 2. vol. Berlino 1831-1833. 8.

(1) Ulp. VI. 3.

(2) Plutarc. in Romulo c. 13.

(3) Fragm. Vat. §. 115. Qui però la moglie medesima non poteva dare alcuna dote, imperocchè il suo patrimonio senza di ciò « *dotis nomine* » come Cic. top. c. 4. pro Flacco diceva, ricadeva al marito.

(4) L. 2. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 1. D. *sol. matr.* (24. 3) L. 17. §. 1. L. 18. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.) L. 85. pr. D. *de* R. J. (50. 17.)

(5) L. 6. §. 2. D. *de jure dot.* (23. 2.) L. un. C. *si adv. dot.* (2. 31.)

(6) Ulp. VI. 1.; Fragm. Vat. §. 99. 100.

(7) Ulp. VI. 2.; Caj. Epit. II. 9. §. 3.; Cic. pro Flacco c. 35. pro. Caecina c. 25.

(8) L. 25. C. *ad Sct. Vellej* (4. 29.)

(9) Pr. J. *de nupt.* (1. 10.) L. 5. pr. D. *de condict. sine causa* (12. 7.) L. 52. L. 58. D. *de ritu nupt.* (23. 2.)

costituisca una dote (10), quantunque una volta per breve spazio di tempo sotto gl' imperadori Cristiani ciò fosse tenuto per necessario (11), ma si trova bene però in certe circostanze una obbligazione legale a doverla costituire. 1) Per la *Lex Papia Poppaea* venne obbligato il padre della moglie a dar sempre una dote conveniente (12). 2) Giustiniano per eccezione vi obbligò anche la madre, quando vi sieno delle gravi ragioni (13), o quando ella sia eretica, e la figlia, ortodossa (14). 3) La moglie stessa si ritenne sempre come moralmente obbligata a dotarsi (15), ma Giustiniano aggiunse inoltre che non solo il suo *paterfamilias* può costituirle una dote dal peculio avventizio di lei (16), ma anche la moglie stessa può esser costretta a costituirsi una dote, quando il marito le abbia assegnato una *donatio propter nuptias*, ed altronde niuno abbia dato una dote per lei (17). La stima della dote ha per effetto che si reputi dato il valore del prezzo *dos aestimata* (18), quando non apparisca che la stima abbia avuto qualche altro scopo (19). Può ancora convenirsi che le cose che il marito ha di già in sua mano passino in luogo di dote ricevuta *permutatio dotis* (20).

β) Dritti alla dote.

§ 111. Prima che sia contratto il matrimonio il marito non può richieder la dote (1) e se l' ha innanzi ricevuta, essa non prende la qua-

(10) L. 20. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.) L. 11. §. 1. C. *de repud.* (5. 17.) Nov. 22. c. 18. 30. Nov. 53. c. 6. Nov. 117. c. 5.

(11) Nella Nov. di Valentiniano III. tit. 12. la *Dos* è elevata a condizione del matrimonio, e lo stesso si trova nella Nov. di Maggioriano tit. 81.; ma ciò fu abolito per la Nov. di Severo tit. 1.

(12) L. 19. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) Confr. con la L. 5. §. 11. 13. L. 69. § 4. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 6. D. *de dot. Collat.* (37. 6.) L. 7. C. *de dot. promiss.* (5. 11.)

(13) L. 14. C. *de jure dot.* (5. 12.)

(14) L. 19. §. 1. C. *de haeret.* (1. 5.)

(15) L. 32. §. 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(16) L. 7. C. *de dot. promiss.* (5. 11.)

(17) Nov. 97. c. 1. 2.; Nov. 119. c. 1.

(18) L. 10. pr. §. 1. 4. 5. L. 12. §. 1. L. 15. L. 16. L. 17. §. 1. L. 58. §. 1. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 5. L. 10. C. *eod.* (5. 12).

(19) L. 69. §. 7. D. *eod.* L. 50. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 21. C. *de jure dot.* (5. 12.) L. un. §. 9. 15. C. *de rei uxor. act.* (5. 13). I moderni in questo caso chiamano la *dos. taxationis causa aestimata*, ed in quello *venditionis causa aestimata*.

(20) L. 25. L. 26. D. *de jure dot.* (23. 3); L. 21. D. *de pact. dot.* (23. 4.) Cic. pro Caecina c. 3.

(1) L. 4. §. 2. D. *de pact.* (2. 14. L 10. §. 4. L. 21. L. 68. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 11. D. *de pact. dot.* (23. 4.) Confr. L. 31. §. 2. C. *de jure dot.* (5. 12.)

lità di dotale che col cominciar del matrimonio (2), ed i proventi del tempo intermedio s' aggiungono al suo ammontare (3). Ma durante il matrimonio non solo i frutti e gli utili della dote appartengono al marito (4), ma si appartiene al medesimo anche la proprietà delle cose dotali (5), e questo avviene tanto essenzialmente che la retrocessione della dote alla moglie, reputandosi contenere una donazione, non obbliga (6), salvo quando la cessione si faccia, affinchè la moglie con questo mezzo paghi i suoi debiti, o compri de' fondi vantaggiosi *praedia idonea*, o alimenti sè ed i suoi congiunti, o li riscatti dalla prigionia (7). Ci ha non pertanto una particolare limitazione, che il marito, eccetto pochi casi (8), non può alienare un fondo dotale senza il consenso della moglie (9), il che la *lex Julia de fundo dotali*, che è, un capitolo della *lex Julia de adulteriis*, aveano introdotto solo pei fondi in Italia (10), ma Giustiniano estese a tutti (11). Alla morte del marito la dote passa a' suoi eredi (12), e ne' casi di altra successione universale, anche ad altri successori (13). Che se il marito sta sotto la patria potestà, i dritti

(2) L. 7. §. 3. L. 10. §. 4. L. 68. L. 74. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 8. D. *de condict. causa data* (12. 4.) L. 1. §. 2. D. *pro dote* (41. 9.)

(3) L. 7. §. 1. L. 47. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 6. D. *sol. matr.* (24. 3.)

(4) L. 7. pr. §. 1. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 20. C. *eod.* (5. 12.); Fragm. Vat. §. 114.

(5) L. 7. §. 3. L. 9. pr. §. 1. L. 75. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 21. §. 4. *ad municipalem* (50. 1.) L. 30. C. *de jure dot.* (5. 12.) Confr. con la L. 1. §. 1. L. 3. pr. D. *de fundo dot.* (23. 4.) L. 58. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 24. D. *de act. rer. am.* (25. 2.) L. 62. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 1. D. *pro dote* (41. 9.), Fragm. Vat. § 111.

(6) L. un. C. *si dos. const. matr.* (5. 19.) Nov. 22. c 39. Confr. L. 20. C. *de jure dot.* (5. 12.) L. 22. L. 28. L. 31. D. *de pact. dot.* (23. 4.) L. 51. D. *de don. int.* V. et U. (24-1.) L. 15. D. *de fundo dot.* (23. 5.)

(7) L. 73. §. 1. L. 85. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 12. §. 1. D. *de pact. dot.* (23. 4.) L. 20. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 21. §. 1. D. *de don. int.* V. et U. (24. 1.) L. 8. C. *eod.* (5. 16.): Ascon. ad Cic. in Verr. II. 1. c. 54.

(8) L. 1. pr. L. 3. §. 1. L. 13. §. ult. L. 17. D. *de fundo dot.* (23. 5.) L. 77. § 5. D. *de legat.* II. (31.) L. un. § 15. C. *de rei ux. act.* (5. 13.) pr. J. *quib. alien. licet vel non* (2. 8.)

(9) L. 5. L. 6. L. 13 L. 16. D. *de fundo dot.* (23. 5.)

(10) L. un. §. 15. C. *de rei ux. act.* (5. 13.) L. 1. C. *de fund. dot.* (5. 23.) L. 1. L. 4. D. *eod.* (23. 5.) Confr. con Paul. S. R. II. 21. §. 2.; Caj. II. 63.

(11) L. un. §. 15. C. *de rei ux. act.* (5. 13.) Confr. con Caj. l. c.

(12) L. 1. §. 1. D. *de fundo dot.* (23. 5.) L. 46. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 9. C. *eod.* (5. 18.) L. 62, D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(13) L. 2. § 1. D. *de fundo dot.* (23. 5.) L. 31. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 6. § 1. D. *de usuris* (22. 1.) L. 2. C. *sol. matr.* (5. 18.)

alla dote che abbiamo menzionati spettano al suo *paterfamilias* (14); ed alla morte di costui la dote passa al solo marito (15). Durante il matrimonio la moglie non ha sulla dote alcuna pretensione, e molto meno la proprietà (16), e quando si dice che la dote appartiene in proprietà alla moglie (17), ciò può accennar solo che la dote spezialmente coi suoi proventi tende ad assicurare il suo mantenimento, e generalmente a lei ricade, quando ella sopravvive al matrimonio (18). Da questo interesse della moglie proviene 1) che la costituzione di una dote per parte di coloro, che legalmente non vi son tenuti, vien riguardata come una donazione fatta alla moglie (19), mentre la dotazione non contiene mai una donazione al marito (20). 2) Che quando alcuno ha dato come dote delle cose che non gli appartenevano, la moglie può chiederne l' indennità (21); ed il marito nol può che per la *dos aestimata* (22). 3) Che la moglie per ragione del fondo dotale si ritiene come *possessor* (23), e 4) che in caso d' impoverimento del marito ella può richiedere l' amministrazione della *dos* (24).

γ) Restituzione della dote.

§ 112. Originariamente la dote rimaneva per sempre al marito ed ai suoi eredi (1); imperocchè anche al tempo del divorzio di Sp. Carvilio Ruga a. di R. 519 (2) non si conosceva l'*actio rei uxoriae* per la resti-

(14) L. 56. §. 1. 2. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 7. D. *de dote praeleg.* (34. 1.) L. 85. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

(15) L. 20. §. 2. L. 46. L. 51. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(16) L. 9. C. *de rei vind.* (3. 32.) L. 23. C. *de jure dot.* (51. 12.)

(17) L. 3. §. 5. D. *de minor.* (4. 4.) L. 16. D. *de relig.* (11. 7.) L. 71. D. *de evict.* (21. 2.) L. 75. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 4. D. *de collat. bon.* (37. 6.) L. 30. C. *de jure dot.* (5. 12.)

(18) Vedi §. 112. Confr. L. 71. §. 3. D. *de cond. et dem.* (35. 1.); il *Tigerström* l. c. §. 35. è di altra opinione, egli stabilisce qui un *dominium plurium in solidum.*

(19) L. 33. L. 43. §. 1. L. 59. §. 2. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 7. pr. L. 9. pr. D. *de condict. causa data* (12. 4.) L. un. § 13. 14. C. *de rei ux. act.* (5. 13.)

(20) L. 9. §. 3. D. *qui pot.* (20. 4.) L. 21. §. 1. D. *de don int.* V. et U. (24. 1.) L. 5. §. 5. *de doli exc.* (44. 4.) L. 19. D. de O. et A. (44. 7.)

(21) L. 22. §. 1. D. *de evict.* (21. 2.) L. 75. D. *de jure dot.* (23. 3.)

(22) L. 16. L. 34. D. *de evict.* (21. 2.) L. 98. D. *de solut.* (46. 3.) L. 1. C. *de evict.* (8. 45.)

(23) L. 15. §. 3. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.)

(24) L. 22. § 8. L. 24. pr. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 29. L. 30. C. *de jure dot.* (5. 12.)

(1) La L. 1. D. *de jure dot.* (23. 3.) allude forse a questo.

(2) V. sopra §. 107.

tuzione della dote, anzi la prima volta per occasione di questo divorzio si pose mente alla necessità di adoperare de'mezzi di assicurazione per la dote, *cautiones rei uxoriae* (3), i quali per altro non consistevano in altro che nell' interporre de' patti intorno alla restituzione, pel caso dello scioglimento del matrimonio. Ma di già al principio del settimo secolo di Roma erasi introdotta un'obbligazione legale di restituire la dote dopo lo scioglimento del matrimonio (4), e la correlativa *actio rei uxoriae* (5), senza che se ne conosca precisamente l'origine. Le regole intorno alla restituzione erano prima di Giustiniano le seguenti:

1.° Se il marito era morto, o il matrimonio erasi sciolto per divorzio, allora la moglie riprendeva la *dos*, nondimeno, se la moglie era ancora sotto la patria potestà, non poteva domandarne la restituzione se non in unione col padre, e per conseguenza nol poteva contro la volontà di lui (6), ed il marito o i suoi eredi aveano in più casi il dritto di far delle ritenute *retentiones ex dote*: 1) *propter liberos*, un sesto per ogni figliuolo nato dal matrimonio, ma non mai più di tre sesti, e nel caso di divorzio, solo quando la separazione non era avvenuta per colpa del marito (7); 2) *propter mores*, nel divorzio per delitto della moglie, purchè la restituzione non si facesse direttamente dagli eredi del marito, ed in quel caso la ritenuta era di un sesto per l'infedeltà, *mores graviores*, e di un ottavo per le altre colpe, *mores leviores* (8); 3) *propter res donatas*, si riteneva il valore delle cose donate alla moglie e non restituite (9); 4) *propter res amotas*, si riteneva il valore delle

(3) Gell. IV. 3. in Cic. pro Caecina c. 3. s'incontra una *permutatio dotis* come *cautio rei uxoriae*.

(4) Plutarc. in C.Gracchò c. 17. in Mario c. 38.; Valer. Max. VIII. 2. § 3.; L. 66. pr. D. *sol. matr.* (24. 3.)

(5) Cic. de Off. III. 15. Top. c. 17.

(6) Ulp. VI. 6.; L. 2. L. 22. §. 1. L. 31. §. 2. L. 34. L. 44. pr. L. 66. §. 2. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 2. C. *eod.* (5. 18.)

(7) Cic. Top. c. 4.; Ulp. VI. 9. 10.; Fragm. Vat. §. 106. 107.; L. 2. §. 2. C. *de repud.* (3. 16.). L' oscura frase in Ulp. VI. II. « Dos quae semel functa est, amplius fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit » potrebbe forse intendersi a questo modo che il medesimo marito nel reiterato scioglimento del matrimonio dopo che una nuova riunione era già seguita, non avesse il dritto per una seconda volta alla *retentio propter liberos*, ma sibbene lo avesse un altro marito che avesse sposata la moglie separata per divorzio da un altro.

(8) Ulp. VI. 12.; L. 15. §. 1. L. 47. D. sol. matr. (24. 3.) L. 11. §. 3. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.); L. 1. C. Th. *de dot.* (3. 13.)

(9) Ulp. VI. 9.; L. 66. §. 1. D. *de don. int.* V. et U. (24. 1.) L. 15. §. 1. D. *sol. matr.* (24. 3.)

cose sottratte dalla moglie e non ricuperate (10); 5) *propter impensas*, si riteneva l' ammontare delle spese fatte per le cose dotali (11).

2.° Se per contrario era morta la moglie, allora il marito conservava sempre la *dos adventitia*, ma la *dos profectitia* solo quando il padre della moglie non vivea più, imperocchè altrimenti questi poteva chiedere la restituzione di ciò che avea dato (12), e qui il marito poteva del pari per ogni figliuolo nato dal matrimonio ritenere un quinto ma senza la limitazione ad un certo determinato numero (13). L' azione della moglie o di suo padre chiamavasi *actio rei uxoriae* (14). Essa apparteneva alle *actiones bonae fidei* (15), e si dava contro il marito o i suoi eredi, o il suo *paterfamilias* (16) per la restituzione del ricevuto (17) con tutte le accessioni (18), e coi frutti ed utili percepiti prima e dopo del matrimonio (19), del pari che pel risarcimento de' danni (20), e pel valore degli oggetti non restituiti (21), purchè questi non fossero periti senza colpa del marito (22), la qual cosa però non importava nulla in quanto alle cose fungibili ed alla *dos aestimata* (23). Non pertanto la restituzione delle cose fungibili non poteva chiedersi

(10) Ulp. l. c.; L. 15. §. 1. D. *cit.*

(11) Ulp. VI. 9. 14-17.; L. 15. §. 1. D. *cit.* L. 5. L. 7. L. 8. L. 9. L. 11. L. 15. L. 16. D. *de imp. in res dot. factis* (25. 1.) L. 1. §. 4. D. *de dote prael.* (23.4.)

(12) Ulp. VI. 4. 5.; L. 6. pr. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 5. D. *de divort.* 24. 2.) L. 10. pr. L. 59. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 4. C. *eod.* (5. 48.)

(13) Ulp. VI. 4.; Fragm. Vat. §. 108.

(14) Ulp. VI. 6. 7. ; *Stemann* Diss. de veteris dotis actionum rei uxoriae atque ex stipulatu differentiis Kil. 1826. 4.

(15) Cic. de Off. III. 15. Top. c. 17.; L. un. §. 2. C. *de rei uxor. act.* (5. 13.)

(16) L. 22. §. 12. L. 34. L. 64. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 2. L. 9. C. *eod.* (5. 18); Fragm. Vat. §. 102.

(17) Ciocchè si acquistava per mezzo delle cose dotali entrava in luogo delle medesime L. 24. D. *de jure dot.* (23. 3.) Non si oppone la L. 12. C. *eod.* (5. 12.)

(18) L. 4. L. 16. L. 52. D. *eod.*

(19) L. 7. §. 1. L. 47. D. *eod.* L. 5-7. D. *sol. matr.* (24. 3.); *Kubel* de dotis fruct. sol. matr. dividendis. Tubing 1841. 8..

(20) L. 18. §. 1. L. 24. §. 5. L. 49. L. 66. D. *eod.* L. 17. pr. D. *de jure dot.* (23. 3.)

(21) L. 21. C. *de jure dot.* (5. 12.) L. 50. D. *sol. matr.* (24. 3.) Nella *dos aestimata* naturalmente non potea mai chiedersi che il solo valore L. 10. pr. § 1. L. 12. § 1. L. 58. § 1. D. *eod.* Sulla indennità per gli schiavi dotali manomessi la Lex Papia Poppaea conteneva alcune speciali disposizioni L. 64. D. *sol. matr.* (24. 3.), delle quali Einnecio ad leg. Jul. et Pap. Popp. p. 96. ha fatto una cosa interamente diversa.

(22) L. 25. §. 2. L. 49. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 33. L. 35. L. 41. § 3. L. 49. L. 71. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 16. D. *fundo dot.* (23. 5.) Fragm. Vat. § 101.

(23) L. 42. D. *de jure dot.* (23. 3.)

immediatamente, ma in tre termini annuali *annua*, *bima*, *trima die*, nel quale spazio di tempo appartenevano tuttavia al marito i proventi (24), ed il dritto di chiedere la restituzione non passava agli eredi della moglie o del suo padre, salvo quando questi ultimi prima della loro morte avessero agito o avesser potuto agire per la mora (25). Giustiniano in questa materia ha fatto parecchie modificazioni. 1) La proprietà di tutte le cose dotali che sono tuttavia in mano di colui che è obbligato a restituirle, dee di per sè ritornare alla moglie (26), e 2) dee fingersi inoltre che la moglie abbia pattuita la restituzione della dote a sè ed a' suoi eredi, cosicchè ora la dote dee rendersi sempre, anche nel caso di morte della moglie (27). 3) Di più il marito non può far più alcuna ritenuta dalla dote, tranne solo per le spese necessarie (28), e 4) dee restituire gl' immobili immediatamente, e gli altri oggetti dopo un anno (29). Pel rimanente rimangono in vigore i principi della *actio rei uxoriae* (30). E però anche al padre della moglie non son tolti (31) i suoi speciali diritti (32). Oltre a ciò la pretensione della moglie, e dei suoi eredi può patir delle eccezioni. A. Per pena della moglie, quando senza legittima ragione abbia fatto divorzio, o per la sua condotta abbia dato occasione al divorzio, ne' quali casi il marito ritiene la dote (33). B. Per la convenzione, quando il dotante nel costituir la dote ha pattuito per sè la riversione della dote, la quale allora vien detta *dos receptitia* (34), o quando si è convenuto che il marito debba ritener la dote, il qual patto per verità contro gli eredi è sempre valido, ma contro la moglie stessa non può valer che per eccezione, come quello che diminuisce il suo legittimo dritto (35), ovvero quando

(24) Ulp. VI. 8. 13. Sulla eccezione che si trova in Ulp. VI. 13. V. appresso sotto il §. 115. Nota 17.

(25) Ulp. VI. 7.; Fragm. Vat. §. 95. 97. 112.; L. 26. L. 27. L. 31. §. 2. 3. D. *sol. matr.* (24. 3.)

(26) L. 30. C. *de jure dot.* (5. 12.) Il « si tamen extant » può ragionevolmente in questo luogo non intendersi nel senso, se le cose dotali in generale esistano tuttora.

(27) L. un. pr. §. 4. 6. C. *de rei uxor. act.* (5. 13.)

(28) L. un. §. 5. C. *eod.* §. 37. J. *de act.* (4. 6.)

(29) L. un. §. 7. C. *eod.*

(30) L. un. §. 2. 3. 9. 11. 13. 14. C. *eod.*

(31) V. La Nota 6. e Nota 12.

(32) L. un. §. 13. 14. C. *de rei ux. act.* (5. 13.)

(33) Nov. 117. c. 8. 9.; V. appresso §. 115.

(34) Ulp. VI. 5.; L. 31. §. 2. D. *de mort. causa don.* (39. 6.) Confr. con L. 31. pr. C. *de jure dot.* (5. 12.) L. un. §. 13. C. *de rei ux. act.* (5. 13.)

(35) L. 69. §. 9. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 16. L. 27. D. *de pact. dot.* (23. 4.)

la dote è assicurata ad un terzo, il che nell'atto che vien costituita si può fare col consenso del dotante, ma in altri casi, solo con l'approvazione della moglie (36). C. Per legato, in quanto alla morte del marito la moglie abbia ricevuto un legato per la dote (37).

b) *Donatio propter nuptias* (*).

§ 113. A rincontro della dote sta la *donatio propter nuptias* che è una donazione condizionale fatta alla moglie pel caso del suo stato vedovile per servirle di provvedimento vedovile (1). Se questa non proviene dallo stesso marito, si può contenere in essa nel tempo stesso una donazione pel marito, quando si è fatta per lui, giacchè allora la cosa donata provvisoriamente si appartiene a lui (2). Per maggior sicurezza della moglie può darsene a lei il possesso e l'amministrazione (3); ma ordinariamente si fa solo una promessa di donazione, ed in ciò può star la ragione per cui le donazioni di questo genere non cominciarono a divenir di uso frequente, se non ne' tempi più recenti dell'impero (4); imperocchè la *lex Cincia* avea dichiarato non obbligatorie tutte le promesse di donazioni (5), cosicchè allora la vedova non avrebbe potuto costringere all'adempimento, ma Teodosio II. eccettuò queste donazioni dalla *lex Cincia* (6), e dopo quel tempo vennero molto in uso. Non pertanto per cagione della invalidità delle donazioni tra i conjugi esse doveano preceder sempre il matrimonio, quando eran fatte dal

Confr. con L. 17. §. 1. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 12. D. *de pact. dot.* (23. 4.) L. 6. C. *de pact. conv.* (5. 14.) L. 2. L. 24. D. *eod.* L. 48. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 7. D. *de dote prael.* (33. 4.) L. 3. C. *de pact. conv.* (5. 14.) L. 10. C. *eod.*

(36) L. 20. §. 1. L. 29. §. 2. D. *de pact. dot.* (23. 4.) L. 19. L. 26. C. *de jure dot.* (5. 12.) L. 4. C. *de pact. conv.* (5. 14.)

(37) L. 2. D. *de dote prael.* (33. 4.) L. un. §. 3. C. *de rei ux. act.* (5. 13.)

(*) *A. G. Foerster* Diss. de orig. atque propag. don. ante nupt. apud Rom. *Uratislav* 1812. 4.; *Eisert* Diss. de don. pr. n. Lips 1818. 4.; La mia aggiunta sullo scopo delle don. pr. n. nell' Archivio per la pratica civile vol. IX. n.° 10.; *Warnkönig* anche quivi vol. XIII. n.° 1.; *Lohr* anche quivi vol. XV. n.° 20.

(1) La mia aggiunta l. c. p. 206. seg.

(2) Nov. 119. c. 1. L. 31. §. 1. C. *de jure dot.* (5. 12.) Confr. con L. 19. L. 20. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.) L. 7. C. *de dotis promiss.* (5. 11.) L. 9. C. *de pact. conv.* (5. 14.) Nov. 61. c. 1. Nov. 97. c. 1. Nov. 127. c. 2.

(3) L. 7. C. *de dot. prom.* (5. 12.) L. 9. C. *de pact. conv.* (5. 14.) Nov. 119. c. 1.

(4) §. 3. J. *de donat.* (2. 7.)

(5) V. la mia St. §. 54. Nota 1.

(6) L. 8. C. Th. *de sponsal.* (3. 5.) Nondimeno la L. 2. C. Th. *de repud.* (3. 16.) mostra in ispezialità che tali donazioni s'incontravano di già anche prima.

marito o da un altro in suo nome, e questo durò fino a Giustino I., il quale permise che si facessero anche durante il matrimonio, quando la moglie avesse portato un aumento alla sua dote (7), e Giustiniano del pari le permise, ma senza limitazione alcuna, e per questo diede ad esse il nome particolare di *donationes propter nuptias* (8). Da Leone I. fu stabilito il principio che quando vi è una *dos* ed una *donatio propter nuptias*, i patti nuziali sopra amendue debbono essere eguali, e per conseguenza i dritti speciali dati per la convenzione al marito sulla *dos* debbono spettare anche alla moglie sulla *donatio pr. n.*, e viceversa (9), il che ebbe ancora compimento da Giustiniano in questo che egli diede ai conjugi reciprocamente un dritto sopra una eguale *dos* e *donatio pr. n.* (10). Secondo ciò una moglie, quando si è data una dote, può pretendere dal marito una *donatio pr. n.* di egual valore (11). Altrimenti solo il padre del marito è obbligato a costituire una *donatio pr. n.* ma in difetto del proprio patrimonio può adempire la sua obbligazione sul *peculium adventitium* del marito (12). Durante il matrimonio il marito o altro donante conserva la proprietà e il godimento delle cose donate (13), e se non abbia avuto luogo alcuna anticipata tradizione alla moglie, ne ritiene anche il possesso e l' amministrazione; Giustiniano gli vietò soltanto l' alienazione de' fondi donati (14), e nel caso d' impoverimento del donante permise alla moglie di richiederne l' amministrazione (15). Allo scioglimento del matrimonio è da distinguere; 1) Se la moglie è morta, la *donatio pr. n.* rimane per sempre al marito o a qualunque altro donante (16). 2). Lo stesso vale in caso di divorzio, ma han luogo delle eccezioni in pena del marito, quando egli senza legittima ragione abbia fatto divorzio (17), ovvero per la

(7) L. 19. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.)
(8) L. 20. C. *eod.*
(9) L. 9. C. *de pact. conv.* (5. 14.) Confr. L. 10. C. *eod.* L. 20. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.) Nov. 22. c. 20.
(10) Nov. 97. c. 1. 2. Nov. 119. c. 1.
(11) La mia aggiunta l. c. p. 225. seg.
(12) L. 7. C. *de dot. prom.* (5. 11.)
(13) A cagione dello scopo condizionale della donazione, la proprietà delle cose qui non si trasmette colla consegna L. 38. §. 1. D. *de adquir. poss.* (41. 2.) L. 7. §. 3. D. *de jure dot.* (23. 3).
(14) Nov. 61. c. 1.
(15) L. 29. C. *de jure dot.* (5. 12.)
(16) L. 18. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.) L. 31. §. 1. C. *de jure dot.* (5. 12.)
(17) L. 8. §. 5. C. *de repud.* (5. 17.) Nov. 117. c. 13.

sua condotta abbia dato causa al divorzio (18). 3) Al contrario per la morte del marito si verifica la condizione della donazione, la quale per conseguenza allora ricade alla vedova, e da prima a lei ricadeva senza limitazione alcuna, purchè la convenzione non avesse intorno a ciò altramente stabilito (19), ma secondo le più recenti costituzioni, quando esistono figli dal matrimonio, la vedova ha soltanto l'usufrutto, ma la proprietà rimane ne' figliuoli (20). Intanto Giustiniano ha nuovamente attribuito alla vedova la proprietà di una porzione virile insieme coi figli (21). Inoltre possono essere attribuiti per convenzione diritti più estesi, specialmente pel caso *non existentium liberorum*, vale a dire quando i figli posteriormente vengono a morire (22). Dall'altro lato anche il donante può riservare per sè de' dritti, come la riversione dopo la morte della vedova, o nel caso che ella si rimaritasse (23); la vedova poi non rispettando l'anno del lutto perde ogni suo dritto alla *donatio pr. n.* (24).

VI. RELAZIONI GIURIDICHE DOPO LO SCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO.

1) *Provvedimenti contro i figliuoli illegittimi.*

§ 114. Nell'editto del pretore, il quale dava alle vedove incinte il dritto al possesso provvisorio dell'eredità o della porzione ereditaria spettante al feto, fu loro imposto il dovere di invitare due volte al mese gli altri prossimi eredi, o i loro procuratori per esaminare il loro stato, e di far loro sapere quando il parto è imminente, altrimenti quel dritto va perduto. Parimente per impedire la supposizione di falsi fi-

(18) Nov. 117. c. 8. §. 3. c. 9. §. 4. 5. Confr. con L. 8. §. 4. C. *de repud.* (5. 17.) L. 2. C. Th. *eod.* (3. 16.)

(19) Cioè i principii generali su i doni nuziali si applicarono di poi anche quì, imperocchè vi si conteneva un dono nuziale condizionato L. 7. L. 8. L. 9. L. 11. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.) L. 2. 36. C. Th. *de sponsal.* (3. 5.)

(20) L. un. C. *si secundo nups. mul.* (5.18.); Nov. Theod. II. Tit. 14. §. 1.; Nov. Majoriani tit. 6. §. 6.; Nov. Severi tit. 1.; Nov. 22. c. 32. 33. 46. Nov. 39. c. 2. Nov. 63. c. 6. Nov. 61. c. 1. Nov. 98. c. 1. Secondo la Nov. di Valentin. III. tit. 35. §. 8. la vedova quando non avea figliuoli dovea rilasciare la metà ai genitori del marito, del che non vi è nulla nel dritto di Giustiniano.

(21) Nov. 127. c. 3.

(22) Nov. 2. c. 2. Nov. 23. c. 20. 26.

(23) L. 7. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.) L. 31. §. 1. C *de jure dot.* (5. 12.) Nov. 22. c. 32.

(24) Nov. 39. c. 2.

gliuoli fu dato agli eredi di destinare de' custodi per guardare la vedova che si pretende incinta (1). In caso di divorzio, se la moglie sostiene di essere incinta per opera del marito, furono stabilite delle disposizioni somiglianti dal Senato-consulto Planciano, il quale introdusse l'*actio de partu agnoscendo* (2), e probabilmente fu fatto sotto Vespasiano. La moglie in tal caso fra 30 giorni dopo il divorzio dee farne avvisato il marito (3); l'avviso che se ne desse più tardi non gioverebbe, se non quando il ritardo si potesse giustificare (4). Se si è in tutto omesso di dar questo avviso, la moglie non può intentare l'*actio de agnoscendo partu* per far riconoscere ed alimentare il figlio (5), quantunque pel figlio medesimo non si perda per questo la legittimità (6). Se il marito alla notizia ricevuta si tace, dee assolutamente alimentare il figliuolo che nascerà fino a che non ne dimostri la illegittimità (7). Ma se egli protesta contro il figlio, il che può avvenire anche tacitamente mandando delle persone per vigilar sulla moglie, affinchè non supponga un falso figliuolo, allora spetta alla moglie di agire e di provare la legittimità (8), il che però ella non può fare quando non ha voluto ricevere le persone incaricate di guardarla (9). E viceversa secondo un rescritto di Marc-Aurelio e Lucio Vero il marito divorziato, quando egli sostiene che la moglie è incinta di lui, e questa il nega, ha il dritto di far osservare la moglie da tre levatrici, e se queste assicurano la gravidanza, può farla invigilare fino a che nasca il figliuolo o si decida di aver preso uno sbaglio (10). Se la moglie non vuol dichiarare se è gravida o no, vi può esser costretta mediante una *interrogatio in jure* (11).

2) *Conseguenze particolari del divorzio.*

§ 115. Il divorzio oltre le conseguenze già innanzi accennate (1) produce anche i seguenti effetti.

(1) L. 1. §. 10-15. L. 2-4. D. *de inspic. ventre* (25. 4.)
(2) V. La mia St. §. 104. n. 1. 5.
(3) L. 1. §. 1. 2. 3. 5. 7. 9. 10. L. 3. §. 1. D. *de agnosc. et al. lib.* (25. 3.)
(4) L. 1. §. 7. D. *eod.*
(5) L. 1. §. 6. D. *eod.*
(6) L. 1. §. 8. 13. 15. D. *eod.*
(7) L. 1. §. 4. 12. 14. D. *eod.*
(8) L. 1. §. 4. 11. 16. D. *eod.*
(9) L. 1. §. 6. D. *eod.*
(10) L. 1. pr. §. 1. 5-9. D. *de inspic. ventre* (25. 4.)
(11) L. 1. §. 2-4. D. *eod.*
(1) Vedi sopra §. 112-114.

1.° Tutti i dritti spettanti ai conjugi come tali o per legge o per convenzione o testamento si estinguono pel divorzio (2), quando non sieno stati attribuiti precisamente pel caso del divorzio (3).

2.° Se uno de' conjugi avendo riguardo al divorzio che intende di provocare, o che teme, si rende colpevole di sottrazioni sul patrimonio dell'altro, ha luogo un'azione particolare che si annovera tra le *condictiones* per la restituzione, ed indennità, cioè l'*actio rerum amotarum* (4).

3.° Se vi son figliuoli, allora la parte colpevole dee, se è possibile, sopportare le spese del loro mantenimento, ma l'educazione viene affidata all'altra, questa però non è una regola assoluta (5).

4.° Il conjuge il quale senza ragioni riconosciute dalla legge ha fatto divorzio va soggetto a parecchi danni. Dopo le replicate immutazioni delle disposizioni relative a questa materia (6) i principi del dritto

(2) L. 49. §. 6. D. *de legat.* III. (32.) L. 3. D. *de auro legato* (34. 2.) L. un. §. 1. D. *unde vir et uxor* (38. 11.) Nov. 53. c. 6. Nov. 117. c. 5.

(3) L. 7. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.) L. 5. pr. D. *de pact. dot.* (23. 4.); L. 2. C. Th. *de dot.* (3. 13.) Confr. con L. 8. C. *de repud.* (5. 17.)

(4) L. 11. pr. L. 21. L. 23. L. 25. L. 26. L. 30. D. *de act. rer. am.* (25. 2.) L. 36. D. de O. et A. (44. 7.)

(5) L. un. C. *divort. facto apud quem liberi* (5. 24.) Nov. 117. c. 7.

(6) L'ordine delle disposizioni è il seguente. A.) L. 1. C. Th. *de repud.* (3. 16) di Costantino: la moglie può senza esser punita far divorzio solamente allorchè il marito è un omicida venefico o profanatore di sepolcri, in altri casi tutto il suo patrimonio ricade al marito, ed ella vien deportata; il marito poi può far divorzio senza pena soltanto a cagione di adulterio, avvelenamento, e ruffianismo della moglie, in altri casi egli non solo dee restituire intera la dote, ma non può neppure contrarre altro matrimonio, e se ciò faccia, la sua moglie divorziata può appropriarsi la dote della seconda moglie. — B.) L. 2. C. Th. *eod.* di Onorio. È una sufficiente ragione, e basta ad evitare i danni, quando la parte che domanda il divorzio può dimostrare contro l'altra che siasi renduta colpevole di delitti di qualsivoglia genere. Inoltre vien mitigata la pena della moglie, che senza una sufficiente ragione abbia fatto divorzio. Ella in ogni caso perde soltanto la dote e le donazioni ricevute, ma non già l'altro suo patrimonio. Se ella non ha dimostrato alcuna causa legittima di divorzio è certamente anche deportata, ma se ella ha per lo meno dimostrato la cattiva condotta (*mores*) del marito, allora ella semplicemente non potrà rimaritarsi. Per contrario in ciò s'incontra più severità, che una donna separata per divorzio non può rimaritarsi in generale, se non dopo un anno, e quando essa abbia domandato il divorzio, fosse anche a cagione di delitti, nol può che dopo cinque anni, ed il marito il quale ha fatto divorzio non senza ragione ma pure non a causa di delitti, ma semplicemente per la cattiva condotta di sua moglie non può di nuovo ammogliarsi che dopo due anni. — C.) Nov. Theod. II. tit. 12. del 439. Il divorzio deve di nuovo essere interamente libero come era secondo il dritto antico — D.) L. 8. C. *de repud.* (5. 17.) parimente di Teodosio II. del 449. Le cause legittime di divorzio per la moglie sono: quando il marito ha commesso adulterio (cioè con una moglie altrui), l'omicidio, l'avvelenamento, l'alto

di Giustiniano sono i seguenti: 1) A cagione di delitto il divorzio è permesso A. pel marito, quando la moglie senza sua saputa si è resa colpevole di alto tradimento, o ha insidiato la sua vita, o è intervenu-

tradimento, la falsità; la profanazione di sepolcri, il furto di cose ecclesiastiche, la rapina, l'occultamento di cose rubate, il furto di animali o il rapimento di persone, ovvero, se in presenza di sua moglie ha menato una vita impudica, ovvero se ha teso insidie alla vita di lei, ovvero se l'ha percossa; al contrario pel marito sono cause legittime quando la moglie si è renduta colpevole di adulterio, di avvelenamento, di omicidio, di rapimento di uomini, di profanazione di sepolcri, di furto di cose delle Chiese, di occultamento di cose rubate, ovvero, se senza saputa del marito ha banchettato con altri uomini, ovvero ha assistito a spettacoli, o gli ha insidiato la vita, o ha commesso alto tradimento o falsità, ovvero ha tentato di uccidersi. Se una moglie fa divorzio senza le sopradette ragioni, perde la dote, e non può rimaritarsi che dopo cinque anni, mentre altrimenti non avrebbe da aspettare che un solo anno; se poi si tratta del marito, egli dovrà dare alla moglie oltre della dote anche la *donatio* pr. n. — E.) L. 9. C. *eod.* di Anastasio. Il divorzio per cagione di scambievole consenso non cagiona danni a niuno de' due conjugi. — F.) L. 11. C. *eod.* del medesimo. Chi ha fatto divorzio senza una legittima ragione, se non vi sia alcuna dote o *donatio* pr. n. dovrà dare all'altra parte un quarto del suo patrimonio, purchè non ecceda le 100 libre di oro, e si deve anche tenere pel marito come legittima causa di divorzio se la moglie si ha procurato l'aborto, ovvero ha tentato la bigamia. — H.) Nov. 22. c. 4. Nel divorzio per effetto di scambievole consenso è tutt' uno se questo sia seguito solo arbitrariamente, o per qualche ragione (*bona gratia*) Cap. 5. È anche una causa legittima di divorzio se il marito vuol rendersi monaco, cap. 6., ma l'impotenza del marito non è causa legittima se non quando ha durato tre anni, cap. 7., e la prigionia di un conjuge non è sufficiente, se non quando per lo spazio di cinque anni non se n'è avuta notizia, cap. 14. Inoltre la moglie può anche far divorzio quando il marito trovandosi presso l'esercito per dieci anni non le ha dato nuova di sè cap. 15. 16. 18. Nel resto rimangono le antiche disposizioni di Teodosio II. e le altre che di poi furono pubblicate. — I.) Nov. 117. c. 8-14. Non si ammettono altre cause di divorzio se non quelle che seguono: 1.) Pel marito (cap. 8.) quando la moglie, senza sua saputa, ha commesso alto tradimento o adulterio, o gli ha insidiato la vita, ha banchettato o si è bagnata con altri uomini, o contro sua volontà ha dimorato fuori della casa, o ha assistito a spettacoli pubblici (cap. 10.), o quando egli ha fatto voto solenne di castità (cap. 12.), o vuole entrare in Monastero, o quando la moglie si trova prigione del nemico. 2.) Per la moglie (c. 8. §. 2.) quando il marito è stato condannato per adulterio con una moglie altrui, ovvero (cap. 9.) quando ha commesso delitto di alto tradimento, o ha teso insidie alla vita di lei, o ha tentato di prostituirla, o l'ha falsamente accusata di adulterio, o ha mantenuto nella casa conjugale una concubina (c. 10.), o quando ella ha fatto voto di castità (c. 12.), o vuol' entrare in Monastero, o quando il marito è impotente, o è caduto in mano al nemico, (c. 13.) Se la moglie fa divorzio senza queste ragioni, il marito avrà la dote ed essa sarà chiusa in un Chiostro, ed il suo patrimonio si dà al Monastero, con la restrizione però che se ha figli, questi ne otterranno i due terzi, e non avendone, i genitori della moglie ne avranno un terzo. Per contrario se il marito senza le suddette ragioni ha fatto divorzio, dovrà dare alla moglie oltre della dote e della *donatio* pr. n. tanto del suo patrimonio quanto corrisponde alla terza parte di quest' ultima. — K.) Nov. 127. c. 4. Il marito il quale senza legittima cagione fa divorzio va soggetto alle stesse pene che la

ta ad un banchetto o ad un bagno con altri uomini, o senza il suo consenso ha dimorato fuori della casa conjugale, salvochè non sia stata presso i suoi genitori, o se ha assistito a' giuochi pubblici (7). B. Per la moglie, quando il marito si è fatto reo di alto tradimento, o ha teso insidie contro la sua vita, o ha tentato di prostituirla, o l' ha accusata falsamente di adulterio, se ha convivuto con una concubina (8), o è stato condannato per adulterio con una moglie altrui (9). 2) Senza la cagione del delitto, il divorzio è permesso quando il marito vuole entrare in monistero, o quando l'altro conjuge si trova in ischiavitù presso il nemico, e per la moglie, anche allorchè il marito da principio è impotente (10). 3) È permesso il divorzio per reciproco consenso solamente quando si fa per compiere un voto solenne di castità (11). Chiunque senza una ragione legittima fa divorzio è chiuso in un chiostro, al quale ricade il suo patrimonio, se non che quando vi son figli, questi ne prendono i due terzi, ed in mancanza di figli i genitori ne prendono un terzo (12). Se il divorzio è provenuto dalla moglie, il marito si ritiene la dote, ed al contrario quando il marito ha fatto divorzio, la moglie oltre alla sua dote riceve anche la *donatio propter nuptias* (13). Nel divorzio per mutuo consenso ambo i conjugi debbono ritirarsi nel chiostro, ed allora la *dos* e la *donatio pr. n.*, quando non vi sieno figli, ricade al monistero. Qui però si possono evitar tali pene, se i conjugi prima di entrare in monistero si riuniscono di nuovo, o almeno si evitano da quel conjuge che vi si mostra pronto, se l'altro non vuole (14).

5.° Somiglianti danni possono nel divorzio permesso colpir colui che per la sua condotta vi ha dato occasione. I più antichi principi intorno a ciò distinguono se vi sia o no una dote. 1) Nel primo caso spettava

moglie. — L.) Nov. 134. c. 11. Nel caso del divorzio per reciproco consenso senza legittime ragioni amendue i conjugi van soggetti alle pene precedenti, le quali nondimeno si possono evitare quando essi prima di esser chiusi nel Chiostro si riuniscono nuovamente in matrimonio, e se solo uno di essi è pronto a ciò, cessano le pene almeno per costui. — Le posteriori disposizioni della Nov. 140. di Giustino II. non appartengono qui.

(7) Nov. 117. c. 8.

(8) Nov. 117. c. 9.

(9) Nov. 117. c. 8. §. 2. Nov. 134. c. 10.

(10) Nov. 117. c. 12.

(11) Nov. 117. c. 10. 11.

(12) Nov. 117. c. 13. Nov. 127. c. 4.

(13) Nov. 117. c. 13. Secondo ciò la moglie deve anche conseguire un terzo dell' ammontare della *donatio* pr. n., ma questo non ha più luogo per la Nov. 127. c. 4.

(14) Nov. 134. c. 11. Confr. Nov. 22. c. 10.

al marito come parte offesa la *retentio propter mores* (15), ed a cau de' *mores graviores* poteva il giudice, almeno ne' tempi antichi, attı buirgli tutta la dote (16). Al contrario se la moglie era la parte off sa, ella avea il dritto di ripetere le cose dotali fungibili immediat mente a causa de' *mores graviores*, e pei *mores leviores* in tre termi di sei mesi *senum mensum die*, ma per le altre cose dotali, le quali se za di ciò si avrebbero dovuto restituire immediatamente, avea il dri to di richiedere tutti quei frutti che ella avrebbe guadagnati se la r stituzione fosse avvenuta più presto, quando anche queste cose si vesser dovuto restituire secondo le regole sulle cose fungibili (17). marito perdeva ancora la *retentio propter liberos* (18). 2) Nel seconc caso il conjuge indotto al divorzio per la condotta dell'altro avea l'*act de moribus* (19), azione totalmente personale (20) tendente ad una s disfazione in danaro (21), il cui valore è ignoto. L'avere il marito a cusata la moglie di adulterio non lo escludeva dall' azione (22), n questa non si dava quando vi fosse pari colpa da amendue le parti (23 Questi principi erano ancora generalmente in vigore quando Onor ordinò che la colpa la quale dava occasione al divorzio in quanto marito si dovesse punire con la restituzione, ed in quanto alla mogl con la perdita tanto della dote quanto della donazione per la soprav venza (24), la qual cosa Teodosio II. confermò relativamente alle c gioni di divorzio da lui riconosciute. (25). Intanto per queste dispo zioni andò in disuso l'*actio de moribus* (26), e Giustiniano interamen abolì quel dritto antico (27), e conservò solo le pene introdotte da norio, alle quali però egli fece delle importanti aggiunzioni. Se non s

(15) V. sopra §. 112. Nota 8.

(16) Plin. H. N. XIV.; Gell. X. 23. Confr. con Plutarc. in Marco c. 36.; Val Max. VIII. 2. §. 3.

(17) Ulp. VI. 13.

(18) Ulp. VI. 10.

(19) L. 11. § 2. C. *de repud.* (5. 17.) L. 5. pr. D. *de pact. dot.* (23. 4.); (IV. 102.

(20) L. 1. C. Th. *de. dot.* (3. 13.); L. 15. § 1. D. *sol. matr.* (24. 3.)

(21) L. un. C. Th. *victum civil.* (9. 20.); Caj. IV. 102.

(22) L. un. C. Th. Cit.; L. 11. § 3. D. ad leg. Jul. *de adult.* (48. 5.)

(23) L. 39. D. *sol. matr.* (24. 3.)

(24) L. 2. C. Th. *de repud.* (3. 16.)

(25) L. 8. § 4. 5. C. *de. repud.* (5. 17.)

(26) L. 11. § 2. C. *eod.*

(27) L. 11. § 2. C. cit. L. un. § 5. C. *de rei ux. act.* (5. 13.)

stabilita alcuna dote o donazione *propter nuptias*, si prende in sua vece dal patrimonio del colpevole la quarta parte (28), purchè non oltrepassi le 100 libbre d'oro (29). Se la colpa consiste in ciò che il marito abbia falsamente accusato la moglie di adulterio, questa oltre della dote e della donazione pr. n. ha pure un terzo dell' ammontare della donazione sul patrimonio del marito (30). Lo stesso è quando il marito non ostante le replicate ammonizioni ha mantenute in casa delle concubine, o ha convivuto con loro (31). Nel caso di adulterio del marito con la moglie di un altro, la moglie sua per verità riceve soltanto la dote e la donazione pr. n., ma se egli ha figli, tutto il suo patrimonio si trasferisce a costoro (32). Da ultimo se il matrimonio è sciolto per adulterio della moglie, allora non solo il marito ottiene la dote e di più un terzo del suo ammontare (33), ma la moglie viene inoltre punita, e chiusa in un chiostro; e se il marito non la riprende fra due anni, il patrimonio di lei ricade al monistero, ma in questo caso, come più sopra si è detto, i figliuoli, se ve ne sono, ne prendono i due terzi, ed i genitori in mancanza di figliuoli un terzo (34). Del resto in tutt' i casi in cui, per pena di un conjuge a causa di un divorzio o fatto senza ragione o da lui occasionato, si da all'altro la dote o la donazione pr. n., o qualche altra cosa del patrimonio del colpevole, allora solamente egli ne ottiene la proprietà quando non vi son figli, altrimente ne acquista soltanto l' usufrutto (35).

3) *Seconde nozze* (*).

§ 116. Dopo sciolto un matrimonio per regola è permesso di contrarne un secondo. Le limitazioni ed eccezioni di questa regola sono:

1.° Che nello scioglimento avvenuto per morte, le vedove debbono aspettare l'anno del lutto (1), ed i Cherici dei quattro ordini maggiori non possono contrarre seconde nozze (2).

(28) L. 11. § 2. C. cit.
(29) Nov. 22. c. 18.
(30) Nov. 117. c. 9. § 4.
(31) Nov. 117. c. 9. § 5.
(32) Nov. 117. c. 8. § 2.
(33) Nov. 117. c. 8. § 2.
(34) Nov. 131. c. 10.
(35) L. 11. § 1. 2. C. *de repud.* (5. 17.) Nov. 117. c. 8. 9. 18. Nov. 134. c. 10. 11.
(*) *Scip. Gentilis.* de secundis nupt. in opp. T. II. p. 185. seg.
(1) V. § 105. n. IV.
(2) V. § 105. N. VI.

2.° Al contrario in caso di divorzio s' incontrano più limitazioni, le quali da ciò principalmente possono esser provenute, che il divorzio di frequente non si faceva che per contrarre un altro matrimonio (3). 1° Chi ha fatto divorzio senza una ragione legale è interamente escluso dal matrimonio (4). 2° Le mogli separate per divorzio non possono ad ogni modo rimaritarsi che dopo un anno (5), 3° e quando elle medesime han chiesto il divorzio quantunque per legittime ragioni, nol possono che dopo 5 anni (6). 4° Ma se sono state ripudiate per adulterio, allora è ad esse assolutamente vietato un nuovo matrimonio, in quanto il marito non riprenda la moglie fra due anni (7). In generale anche pel secondo e per gli ulteriori matrimoni valgono i principi ordinari, nondimeno qui han luogo delle particolarità.

1.° Se vi son figliuoli di un precedente matrimonio, il conjuge che si rimarita *conjux binubus* non può dare dal suo patrimonio al nuovo sposo più di quello che ciascuno de' figli riceve (8), e se il medesimo ha i *lucra prioris matrimonii*, non ne ritiene che l' usufrutto, giacchè la proprietà si trasferisce ne' figli (9), e Giustiniano ha anche vietato che questo vantaggio fosse esclusivamente attribuito ad un solo o ad alcuni de' figli (10), siccome prima poteva accadere (11).

2.° Se al conjuge che passa a seconde nozze sia stata legata qualche cosa sotto la condizione dello stato vedovile, questa cosa debb' esser restituita (12).

3.° In fine il secondo matrimonio di una donna ha pure questi particolari effetti, che essa perde il grado ed il foro competente del suo

(3) *Chr. Rau* Pr. de principali causa odii secundarum nupt. apud veteres. Lips. 1804. 4.

(4) V. § 115. Nota 12.

(5) V. § 105. n. IV.

(6) V. § 105. n. IV.

(7) V. § 115. Nota 34.

(8) L. 6. pr. L. 9. L. 10. *de secund. nupt.* (5. 9.) Nov. 22. c. 27.

(9) L. 3. L. 5. L. 6. § 1-3. L. 8. L. 9. § 1. L. 11. C. *de secund. nupt.* (5. 9.) Nov. 2. proem. c. 1-4. Nov. 22. c. 20-26. 32. 45. 46. Nov. 68. Nov. 127. c. 3. Se il *conjux binubus* senza ciò non ha che l' usufrutto sul *lucrum nuptiale*, le seconde nozze non hanno alcuna influenza L. un. C. *si secundo nups. mul.* (5. 10.) Nov. 98. c. 1. Nov. 117. c. 8. 9.

(10) Nov. 2. c. 1. Nov. 22. c. 25.

(11) L. 3. L. 7. C. *de secund. nupt.* (5-9.)

(12) Nov. 22. c. 43. 44.

primo marito (13), che essa non può ritenere l'educazione de' suoi figli, nè la tutela de' medesimi (14), che il suo padre, il quale ha riscosso la dote data nel primo matrimonio, dee costituirla di nuovo senza diminuzione (15), e che in caso che ella non rispetti l'anno del lutto, perde interamente i *lucra nuptialia*, e non può dare al suo secondo marito più della terza parte del suo patrimonio (16).

VII. RELAZIONI GIURIDICHE AFFINI AL MATRIMONIO.

1) *Sponsali* (*).

§ 117. Al matrimonio precede quasi sempre una promessa di voler celebrare in seguito il matrimonio, e questa appellasi sponsali, *sponsalia* (1). Siffatta convenzione non richiede forme speciali (2), e pare che non se ne fossero neppure usate. Solo nella Spagna s'incontrano gli *sponsalia interveniente osculo* come una specie di sponsali solenni, e con certi particolari effetti (3). Ma era già in costume appo i Romani di darsi un'*arrha sponsalitia*, un dono che veniva riguardato come una caparra (4). Per la validità è necessario che non vi sia alcun impedimento al matrimonio (5), eccetto solo gl'impedimenti transitorii (6), che la convenzione sia conchiusa liberamente e da persone

(13) L. 22. §. 1. D. *ad munic.* (50. 1. L. 9. C. *de incolis* (10. 39.)

(14) L. 1. C. *ubi pupill.* (5. 49.) Nov. 22. c. 28. Nov. 94. c. 2. Nei primi tempi pare che non si fosse seguito questo sistema. Liv. XXXIX. 9.

(15) Nov. 97. c. 6.

(16) L. 2. L. 1. C. *de. secund. nupt.* (5. 9.) Nov. 22. c. 22.

(*) *F. Hotomannus* de sponsal. in *Graevii* Thes. T. VIII. p. 1147. seg.

(1) L. 1-3. D. *de. sponsal.* (23. 1.); Gell. IV. 4.; Varro de L. L. V. 7.

(2) L. 4. L. 5. L. 7. pr. L. 18. D. *eod.* L. 6. C. *eod.* (5. 1.)

(3) L. 5. C. Th. *de. sponsal.* (3. 5.) L. 16. C. *de. don. ante nupt.* (5. 3.) Confr. con un frammento di Seneca presso *A. Ferronus* Comm. in consuetud. Burdigal. Lugd. 1565. fol. p. 111., e *Spangenberg*. Dichiarazioni prat. vol. 1. *Hannover* 1831. 8. n. IX. p. 46. « Cordubenses nostri, ut maxime laudarunt nuptias, ita qui sine his convenissent, excluserunt cretione hereditatum, etiam pactam ne osculo quidem, nisi Cereri (sacra) fecissent et hymnos cecinissent, attingi voluerunt, si quis osculo solo, octo parentibus aut vicinis non adhibitis, attigisset, huic abducendae quidem sponsae jus erat, ita tamen, ut tertià parte bonorum sobolem suam parens, si vellet, multaret. »

(4) L. 3. L. 5. C. *de. sponsal.* (5. 1.); L. 6. C. Th. *eod.* (3. 5.); L. un. C. si rector (5. 2.)

(5) L. 16. D. *de sponsal.* (23. 1.)

(6) L. 9. L. 14. D. *de. sponsal.* (23. 1.) L. 38. D. *de. ritu nupt.* (23. 2.) L. un. C. si rector (5. 2.) Nondimeno forma un eccezione l'impedimento del matrimonio a ca-

capaci di consentire (7), e che per coloro, che si trovano tuttora sotto la patria potestà, v' intervenga il consenso del *paterfamilias* (8). Gli effetti degli sponsali si manifestano parte mentre essi rimangon fermi, parte al loro scioglimento, e parte soltanto quando è seguito il matrimonio. 1) I fidanzati, del pari che i conjugi non possono esser obbligati a far testimonianza l' uno contro l' altro (9). 2) Con gli sponsali si forma già una specie di affinità con gli ascendenti e i discendenti dell'altra parte, la quale dispensa anche dalla testimonianza (10), e nel caso di scioglimento lascia un impedimento al matrimonio (11). 3) Il fidanzato, secondo una disposizione di Settimio Severo può accusare come adultero il seduttore della sua fidanzata (12). 4) Se si è già data la dote al fidanzato, vale anche per lui il divieto dell'alienazione de' fondi dotali (13). 5) Le donazioni tra i fidanzati sono per verità pienamente permesse, ma se gli sponsali si sciolgono, secondo una disposizione di Costantino si debbono generalmente restituire (14), e se si effettua il matrimonio, si annoverano tra i lucri nuziali (15). 6) Dagli sponsali non nasce il dritto di costringere all'effettuazione del matrimonio (16), nondimeno colui che di sua sola volontà senza una giusta ragione (17) si tira indietro dalla promessa validamente fatta, perde ciò che ha dato all'altra parte, ed egli stesso dee restituire i doni ricevuti (18), e se ha ricevuto una caparra la dee restituire al doppio (19); colui poi che senza anticipatamente disdirsi, di fatto rompa la promessa contraendo nuovi sponsali o pure un matrimonio, diviene infame (20). Non si può

gione della tutela L. 15. D. *de. sponsal.* (23. 1.) L. 60. § 5. D. *de ritu nupt.* (23. 2.

(7) L. 8. L. 11. L. 12. L. 13. D. *de sponsal.* (23. 1.)

(8) L. 7. § 1. L. 10. D. *eod.*

(9) L. 5. D. *de test.* (22. 5.)

(10) L. 5. D cit.

(11) L. 12. § 1. 2. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) § 9. J. *de nupt.* (1. 10.)

(12) L. 13. § 3. 8. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.) L. 7. C. *eod.* (9. 9.) Confr. *Harmenopolus* Promtuar. jur VI. 2. infine.

(13) L. 4. D. *de fundo dot.* (23. 5.)

(14) L. 15. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.)

(15) L. 5. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(16) L. 1. C. *de sponsal* (5. 1.)

(17) Sulle vere ragioni veggasi la L. 17. D. *de sponsal.* (23. 1.) L. 2. L. 5. C. *eod* (5. 1.) L. 2. C. *de repud.* (5. 17.) L. 56. pr. C. *de episc.* (1. 3.)

(18) L. 15. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.)

(19) L. 3. L. 5. C. *de sponsal.* (5. 1.) Secondo la L. 5. C. cit. da prima dovea anche restituirsi il quadruplo. Confr. L. 6. C. Th. eod. (3. 5.)

(20) L. 1. D. *de his qui not.* (3. 2.)

incorrere in altri ulteriori danni (21), e quando si recede dalla promessa per una giusta ragione, del pari che in altri casi di scioglimento non ne segue altra conseguenza se non che da ambedue le parti si dee restituir tutto ciò che si è ricevuto (22), di che non s' incontra altra eccezione se non che negli sponsali spagnuoli *interveniente osculo*, la fidanzata, quando moriva il fidanzato, poteva ritenere la metà de' doni ricevuti (23), e che in alcuni casi di matrimonio contratto non ostante gl'impedimenti, i doni sponsalizi venivano per pena confiscati (24).

2) *Concubinato* e Contubernium.

§ 118. Una relazione somigliante al matrimonio è il concubinato (1), cioè il convivere dell' uomo e della donna con l' intenzione di trattarsi reciprocamente come conjugi, senza voler esser però effettivamente conjugi. Secondo il dritto Romano antico questo stato era illecito ed ignominioso, e le donne che vi si abbandonavano, erano, come le drude di un marito, appellate *Pellices*, alle quali Numa avea vietato di toccare l'altare di Giunone (2). Ma per le leggi posteriori, probabilmente per la *lex Julia de adulteriis* e la *lex Julia et Papia Poppaea* queste unioni furon permesse (3) sotto il nome di concubinato, che da prima generalmente dinotava un congiungimento disonesto (4); furono però permesse solo in quanto non avessero luogo con più persone nello stesso tempo (5), o non si contraessero da persone legate con altri in ma-

(21) L'azione che avea luogo presso gli antichi Latini pel risarcimento del danno a cagione dello scioglimento degli sponsali non passò mai nel dritto Romano, anzi al contrario cessò anche presso i Latini allorchè questi ottennero la cittadinanza; Gell. IV. 4.

(22) L. 3. L. 5. C. *de sponsal.* (5. 1.) L. 15. L. 16. § 1. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.) L. 56. pr. C. *de episc.* (1. 3.); L. 2. C. Th. *de sponsal.* (3. 5.)

(23) L. 16. pr. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.)

(24) L. 32. § 28. D. *de don.* int. V. et U. (24. 1.) L. 4. C. *de inc. nupt.* (5. 5.) L. 2. C. *de sec. nupt.* (5. 9.)

(1) *F. Ramos.* del *Manzano*, Schediasma de concubinis in *Meermanni* Thes. T. IV. p. 551. seg.; *Heineccii* Comm. ad leg. Jul. et Pap. Popp. lib. II. c. 4.

(2) L. 144. D. de V. S. (50. 16.); Gell. IV. 3.; *H. Cannegieter* Diss. ad legem Numae Pompilii de Ara Junonis pellici non tangenda. L. B. 1743. 4. (in *Fellenberg* Jurip. antiq. T. I. p. 331. seg.)

(3) Cic. de Orat. I. 40.; Plauti Poen. proleg. v. 102.

(4) L. 3. § 1. D. *de concub.* (25. 7.) « nam quia concubinatus per leges nomen assumsit, extra legis poenam est » Confr. con L. 34. pr. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.); Clemens Alexandrinus Paedagog. III. 3.; Sueton. in Vespas. c. 3.; Capitol. in Anton. Pio c. 8., in Macrino c. 29.; Lamprid. in Alex. Severo c. 13.

(5) Nov. 18. c. 5. Nov. 89. c. 12. § 5.

trimonio (6), non vi si inducesse una donna ingenua e di irreprensibile condotta (7), e non vi fosse alcun impedimento al matrimonio (8), eccetto quegl' impedimenti che erano fondati semplicemente sulla disuguaglianza dello stato, o sui rapporti di un pubblico uffizio (9). Con questa limitazione il concubinato veniva moralmente assomigliato al matrimonio (10), ma non produceva sotto alcun rapporto gli effetti civili del matrimonio (11), e per questo anche i figliuoli, i quali particolarmente si chiamavano *naturales*, non eran tenuti come legittimi (12). Gli effetti propri del concubinato erano soltanto che i figliuoli nati dal concubinato potevano esser legittimati (13), che ne risultava un limitato dritto di successione (14), e che quando alcuno vivea in concubinato con la sua schiava, questa insieme coi suoi figli non era compresa tra le cose del suo patrimonio rispetto a' creditori (15). Naturalmente non è da parlarsi di alcuna forma particolare di contrarre il concubinato (16), ma nel dubbio, trattandosi di donne libere ed onorevoli, si presume che siasi contratto un vero matrimonio (17). Dal concubinato differisce anche il *Contubernium* (18), cioè il matrimonio degli schiavi tra loro (19), o con persone libere (20). Nondimeno una unione di quest'ultima specie contratta con uomini liberi può anche esser concu-

(6) Paul. S. R. II. 20. L. 11. pr. D. *de divort.* (24. 2.) L. un. C. *de concub.* (5. 26.) Non si oppone la L. 2. C. *de natur. lib.* (5. 27.)

(7) L. 1. § 1. 2. L. 3. pr. D. *de concub.* (25. 7.) L. 16. § 1. D. *de his, quae ut indignis* (34. 9.) L. 24. L. 41. § 1. D. *de ritu nupt.* (23. 2.)

(8) L. 1. § 3. 4. *de concub.* (25. 7.) L. 56. D. *de ritu nupt.* (23. 2.)

(9) L. 5. L. 1. § 2. L. 3. pr. D. *de concub.* (25. 7.) L. 8. D. *de pignor.* (20. 7.) L. 38. pr. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.) L. 3. § 1. D. *de don. int.* V. et U. (24. 1.) Nov. 18. c. 11.

(10) L. 49. § 4. D. *de legat.* III. (32.); Paul. l. c.; L. 144. D. *de* V. S. (50. 16. L. 3. C. *de nat. lib.* (5. 27.); Sueton. in Vespas. c. 3.

(11) L. 3. § 1. D. *de don. int.* V. *et* U. (24. 1.) L. 31. pr. D. *de donat.* (39. 5.) L. 17. pr. D. *de act. rer. am.* (25. 2.) L. 37. § 2. *ad munic.* (50. 1.)

(12) L. 2. C. *de nat. lib.* (5. 27.)

(13) V. sopra § 96.

(14) Nov. 18. c. 5. 11. Nov. 89. c. 12. 13.

(15(L. 8. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 38. pr. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(16) L. 4. D. *de concub.* (25. 7.) L. 31. pr. D. *de don.* (39. 5.)

(17) L. 24. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) Nov. 117. c. 2.

(18) *Gundling* de contubernio servorum; in Gundlingianis. T. X. p. 412. seg.

(19) Plauti Casin. proleg. v. 72. seg.; L. 35. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 59. pr T. *de manum. test.* (40. 4.)

(20) Paul. II. 19. § 6.; L. 4. C. de dolo (2. 21.) L. 3. L. 22. C. *de lib. caus.* (7. 16.)

binato (21), anzi perfino un vero matrimonio, quando tale sia stata l'intenzione (22); ma tra i decurioni e le schiave di un altro furono queste unioni assolutamente vietate da Costantino (23), e prima di Giustiniano pel senatoconsulto Claudiano non era permesso alle donne libere di unirsi con gli schiavi altrui se non quando il padrone consentiva (24), mai coi propri schiavi, dopo Costantino non fu più lecito (25). Del resto quantunque nel contrarre il *contubernium* non abbiano dovuto certamente esser fuor d'uso le solennità nuziali di ogni maniera (26), pure esse non producevano verun effetto legale (27). Solo veniva raccomandato di non separare gli schiavi che viveano in questa unione (28); ed ancora la parentela che ne risultava, almeno nel caso di manomissione, veniva riconosciuta in alcuni rapporti (29).

CAPITOLO III.

DELLA SCHIAVITU' (*).

I. NATURA GIURIDICA E CONTENUTO.

§ 119. Secondo il dritto comune dell' antichità (1) anche i Romani ebbero in ogni tempo gli schiavi, ma sotto il cristianesimo Onorio proibì ai Giudei di avere schiavi Cristiani (2), il qual divieto forse più tardi fu esteso a tutti i non cristiani ed eretici (3). Ma quantunque lo schiavo sia annoverato fra le cose non partecipi di alcun drit-

(21) Nov. 18. c. 5. Confr. con L. 8. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 38. pr. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.) L. 34. C *de lib. causa* (6. 16.)
(22) L un. § 9. C. de Lat. lib. toll. (7. 6.) Nov. 22. c. 11. Vedi § 105. n. I.
(23) L. 3. C. *de inc. nupt.* (5. 5.)
(24) V. presso § 121.
(25) L. 4. C. Th. ad Sct. Claud. (4. 11.); Nov. Anthemii tit. 1.
(26) Plautus l. c.
(27) L. 29. C. *de lib. causa* (7. 16.) L. 23. pr. L. 24. C. *ad leg. Jul. de adult.* (9. 9.)
(28) L. 35. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)
(29) L. 14. § 2. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) § 10. J. *de grad. cognat.* (3. 6.)
(*) *L. Pignori* Comm. de servis et eorum apud veteres ministeriis. Aug. Vind. 1613. 4. (anche in *Poleni* Thes. T. III. p. 1125. seg.); *G. d' Arnaud* Diss. de jure servorum. Leovardi 1744. 4.
(1) § 1. J. *de jure pers.* (1. 3.)
(2) L. 1. C. *ne christ. manc.* (1. 10.) Confr. Gregorii M. epist. IV. 21.
(3) La L. 2. C. *eod.* è oscura.

to (4), pure non si è mai potuto interamente sconoscere l' uomo nello schiavo (5), e ciò ha avuto per conseguenza la formazione di una teorica della schiavitù, che differisce per più riguardi dalla teorica della semplice proprietà. Per verità da un lato tutt' i principi sulla proprietà sono applicabili anche agli schiavi (6), ma dall' altro questi son tenuti per metà come persone. Essi possono fare de' negozi civili (7), e commetter de' delitti (8), possedere un peculio (9), essere membri di una corporazione (10), ed appartengono in un certo senso alla famiglia del padrone, giacchè del pari che i *filii familias* acquistano per lui (11), e lo obbligano (12), ed anche le sottrazioni che fanno dal suo patrimonio non son riguardate come furto (13); e però anche rapporto agli schiavi si parla di una unità di persona col padro-

(4) Ulp. XIX. 1.; L. 5. § 2. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.) L. 2. § 2. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) V. sopra § 10.

(5) § 1. J. de j. pers. (1. 3.) pr. J. *de libert.* (1. 5.)

(6) Caj. I. 54. II. 80.; Ulp. XIX. 20. In ispezialità qui appartiene che chi è capace della proprietà può anche avere degli schiavi L. 17. D. *de manum.* (40. 1.) L. 1. L. 3. D. *de manum. quae serv. ad univers. pert. impon.* (40. 3.), che è possibile la comproprietà di più persone sopra di loro § 3. J. *de stip. serv.* (3. 17.) § 3. J. *per quas pers. nob. obl. acquir.* (3. 28.) L. 15. L. 24-27. L. 31. D. *comm. div.* (18. 3.), che possono aver luogo su di loro i *jura in re* L. 22. L. 26. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 9. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.) L. 3. D. *de manum.* (40. 1.) L. 1-3. C. *de serv. pign. dato* (7. 8.), e che essi del pari che le altre cose possono essere acquistati alienati ed ereditati. La posteriore restrizione dell' alienazione mediante l' uso di far iscrivere gli schiavi ad un fondo, la qual cosa ebbe per effetto che non potevano esser venduti se non col fondo L. 7. C. *de agric. et censit.* (11. 47.), e che nella divisione del fondo i parenti naturali non potevano esser separati L. un. C. Th. *comm. div.* (2. 25.) L. 11. *commun. utriusque jud.* (3. 38.) come singolare eccezione non si dee qui tenerè in conto.

(7) Tit. J. *de stipul. serv.* (3. 17.) Tit. D. *ead.* (45. 3.) § 1-5. J. *quod cum eo* (4. 7.)

(8) Naturalmente a ciò non si oppone che nei privati delitti il padrone è responsabile L. 1. § 2. D. *de priv. del.* (47. 1.), ma lo schiavo medesimo non può esser convenuto finchè non è divenuto libero L. 7. pr. D. *de dolo* (4. 3.) L. 14. § 1. L. 15. L. 42. pr. D. *de noxal. act.* (9. 4.) L. 14. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(9) Tit. D. *de peculio* (15. 1.)

(10) L. 3. § 2. D. *de colleg.* (47. 22.)

(11) Caj. I. 52. II. 86. 88.; Ulp. XIX. 18-20.; pr. § 3. J. *per quas pers.* (2. 8.) pr. § 1-3. J. *de stip. serv.* (3. 17.) pr. § 3. J. *per quas pers. nob. obl. acquiritur.* (3. 28.); *Goeschen* Per eum hominem qui servit quemadmodum nobis acquiratur Goett. 1832. 8.

(12) § 1-5. J. quod cum eo (4. 7.) L. 1. § 2. D. *de priv. del.* (47. 1.)

(13) L. 17. pr. D. *de furtis* (47. 2.)

ne (14). Siccome la potestà del padrone, *potestas dominica* racchiude la proprietà (15), così non è stata mai ristretta tanto, quanto la patria potestà, nondimeno anche qui furono imposti de' limiti all'arbitrio. Dopo che l'Imperadore Claudio da prima ebbe stabilita la perdita del dominio pel padrone che abbandonasse gli schiavi vecchi o infermi (16), una *lex Petronia* sotto Nerone (17) proibì di mandare gli schiavi a combatter con le fiere ne' pubblici spettacoli (18). Prima di Adriano si trova già un esempio di punizione della dominicale intemperanza (19), ed Antonino Pio proibì generalmente i trattamenti crudeli ed osceni in persona degli schiavi (20), al che Settimio Severo aggiunse ancora che le schiave non potessero esser costrette alla pubblica prostituzione (21). Inoltre è qui possibile anche una limitazione indiretta per effetto di un contratto, quando cioè nell'alienazione di uno schiavo vi si è aggiunto un *modus*. Imperocchè siffatto *modus* deve essere assolutamente osservato, anche in caso di una ulteriore alienazione da parte del nuovo padrone (22). Tra gli schiavi, a cagione della loro incapacità di dritto non vi sono differenze giuridiche propriamente dette (23), nondimeno per altri riguardi se ne distinguono parecchie classi. Fra le altre qui son da notare: 1° i *servi publici s. vernaculi*, schiavi dello Stato o di altra persona morale, ai quali è data la speciale facoltà di poter disporre per testamento della metà del loro peculio (24), 2° i *servi ordinarii* che servono essi stessi, e i *servi vicarii* cioè quelli che uno schiavo si ha procurati col suo peculio perchè facciano le sue veci (25), 3° i *servi*

(14) Caj. IV. § 79. Non si oppone Cajo III. 19.

(15) Caj I. 52.; § 1. J. *de his qui sui* (1. 8.) L. 1. §. 1. D. *eod.* (1. 6.) L. 215. D. de V. S. (50. 16.)

(16) V. § 125. Nota 1.

(17) V. La mia St. § 99.

(18) L. 11. § 2. D. *ad leg. Corn. de Sicar.* (48. 8.)

(19) L. 2. in fine D. *de his qui sui* (1. 6.)

(20) Caj. I. 50.; Collat. tit. 3.; L. 2. D. de his qui sui (1. 6.) L. § 8. D. *de off. praef. urbi* (1. 12.) § 2. J. de his qui sui (1. 8.) Ciò non fu abolito per la L. 1. L. 2. C. Th. de emend. serv. (9. 12.), L. un. C. *eod.* (9. 14.)

(21) L. 1. § 8. D. *de off. praef. urbi* (1. 12.)

(22) L. 5. C. si manc. ita fuerit alien. (4. 56.) L. 1-3. C. si manc. ita venierit (4. 56.) L. 1. L. 2. L. 6. D. *de serv. export.* (18. 7.) L. 7. pr. D. *de jure patron* (37. 14).

(23) § 4. J. *de jure pers.* (1. 3.)

(24) Ulp. XX. 16.

(25) Plauti Pers. II. 2. V. 10.; Cic. in Verr. II. l. c. 36. ; L. 4. § 6. L. 6. L. 7. § 4. L. 11. § 4. 5. L. 17. L. 18. L. 19. pr. L. 22. § 1. L. 23. L. 37. §. 1. L. 38. § 2. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 10. pr. D. *de manum. test.* (40. 4.); Theoph. IV. 7. § 4. II. 20. § 13.

fugitivi, cioè gli schiavi che son fuggiti, i quali son tenuti come cose rubate (26), e secondo un senatoconsulto di data incerta non possono durante la fuga esser venduti (27).

II. VINDICATIO IN SERVITUTEM ET IN LIBERTATEM.

§ 120. Il padrone per far valere contro i terzi il suo dominio può servirsi di tutti i mezzi giuridici che derivano dalla proprietà e dal possesso. Sotto questo rapporto non ci ha assolutamente niuna differenza tra gli schiavi e le altre cose mobili. Ma qui può aver luogo una contesa, la quale è impossibile per le altre cose, cioè la contesa sulla esistenza stessa del dominio, *liberale judicium*, e questa può venir promossa in due guise, o come *vindicatio in servitutem* da parte del padrone, quando lo schiavo si trova nel possesso della libertà, o come *vindicatio in libertatem* contro colui che fino al presente ha esercitato il dominio sopra un uomo libero (1). In amendue i casi fino a che non si decide la lite, provvisoriamente vien riconosciuta la libertà, e ciò per l'antica regola: *vindiciae semper dantur secundum libertatem* (2), ed in amendue i casi all'attore spetta di fare la pruova (3). Giustiniano fu il primo che permise a quei che vivono in servitù di poter intentare essi medesimi la *vindicatio libertatis* (4), mentre prima era necessario un *adsertor in libertatem* che li rappresentasse (5); ma i prossimi congiunti sono autorizzati alla *adsertio* anche contro la volontà di colui pel quale intervengono (6). La *vindicatio in servitutem* si prescrive secondo le medesime regole che le altre *actiones in rem* (7), men-

(26) Paul. S. R. I. 6.; L. 50. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 60. L. 62. D. *de furtis* (47. 2.) L. 19. § 5. D. *de captiv.* (49. 15)

(27) Fragm. *de jure fisci* § 9.; Pauli l. c. § 2.; L. 19. § 3. D. *commun. div.* (10. 3.) L. 35. § 3. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 2. § 2. 3. D. *de lege Fab.* de plag. (48. 15.) L. 6. C. *eod.* (6. 20.)

(1) L. 7. § 5. D. *de lib. causa* (40. 12.) § 13. J. de act. (4. 6.)

(2) Liv. III. 44.; Dion Hal. XI. 30.; Cic. *de republ.* III. 32.; L. 2. § 24. D. *de O. J.* (1. 2.) L. 24. L. 25. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 14. C. *eod.* (7. 16.) L. 1. C. *qui dare tut. poss.* (5. 31.)

(3) L. 7. § 5. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 5. C. *eod.* (7. 16.) L. 8. L. 14. D. *de probat.* (22. 3.)

(4) L. 1. C. *de adsert. toll.* (7. 17.)

(5) Caj. IV.; 14. L. 1-5. D. *de lib. causa.* (40.12.); *Cujacii* Paratitla ad Cod. VII. 17. Per la qual cosa anche qui già al tempo delle *legis actiones* era ammesso un rappresentante; Caj. IV. 82.; Liv. III. 45.

(6) L. 1-6. D. *de lib. causa.* (40. 12.) L. 19. C. *eod.* (7. 16.)

(7) L. 1. L. 2. C. *de long. temp. praescr. quae lib.* (7. 22.)

tre la *vindicatio in libertatem* è imprescrittibile (8). In quest' ultima azione il convenuto, se è di buona fede, dee soltanto restituire ciò che l'attore ha acquistato per lui in tutt'altro modo che col proprio lavoro, e mediante le cose del convenuto, ma se è di mala fede dee prestare una piena indennità per la libertà tolta, e restituir tutti gli acquisti (9); per contrario nella *vindicatio in servitutem*, il convenuto senza distinzione alcuna cade in potere dell' attore con tutto ciò che acquistò durante la sua libertà (10), purchè questi non si contenti che gli sia pagata la *litis aestimatio* (11). Se si muove lite ad un impubere intorno alla sua libertà, il giudizio, secondo un rescritto di Marc-Aurelio, si dee dal giudice differire sino alla pubertà (12). Non vi è prova che nell'antico dritto la *vindicatio in servitutem* relativamente alle persone che si trovavano sotto la patria potestà, o in *manu mariti* si dovesse dirigere non già contro le medesime persone, ma, come una rivendicazione di proprietà, contro colui, sotto la cui potestà elle si trovavano (13).

III. COME SI PUO' DIVENIRE SCHIAVO.

§ 121. Non è permesso di rendersi schiavo per convenzione (1), e tanto meno può un uomo libero divenire schiavo per la prescrizione (2). Si cade in ischiavitù.

1.° *Per la cattura*, la quale generalmente potè esser l'origine della schiavitù (3). I nemici fatti prigioni per l' antico dritto delle genti ap-

(8) L. 3. C. *eod.* L. 8. C. *de lib. causa.* (7. 16.); Caj. II. 48.

(9) Caj. II. 91. 92.; Ulp. XIX. 21.; § 4. J. *per quas pers.* (4. 9.) § 1. J. *per quas pers. nob. obl. acquir.* (3. 28.) L. 10. § 3. 4. D. *de adq. rer dom.* (41. 3.) Ciò è fondato sopra un Senatoconsulto L. 32. D. *de lib. causa.* (40. 12.)

(10) L. 21. C. *eod.* (7. 16.)

(11) L. 36. D. *de lib. causa.* (40. 12.) L. un. § 8. C. *de Lat. lib. toll.* (7. 6.)

(12) L. 27. D. *de lib. causa.* (40. 12.)

(13) Di altra opinione è *Christiansen* Storia del dritto p. 232. il quale per questo mezzo cerca di giustificare il procedimento di Appio Claudio contro Virginia. Ma Virginia fu ella stessa chiamata *in jus* Liv. III. 41., e non già suo padre, e se Appio arbitrariamente voleva riguardar costui come il convenuto, allora dovea aspettare la di lui venuta, e la presentazione dei *Praedes litis et vindiciarum*, innanzi che decidesse provvisoriamente sul possesso; Cajo IV. 16.

(1) L. 37. D. *de lib. causa.* (40. 12.) L. 10. C. *eod.* (7. 16.) L. 23. pr. C. *de agricolis* (11. 47.)

(2) Caj. II. 42.; § 1. J. *de usuc.* (2. 6.) L. 9. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 3. C. *de praescr.* l. t. *quae pro lib.* (7. 22.)

(3) § 2. J. *de jure pers.* (1. 3.)

partengono a colui che li prende (4), eccetto quando son fatti prigioni da soldati in servizio, giacchè allora son venduti a beneficio del tesoro pubblico, il che ne' tempi più antichi fu detto *venditio sub corona* (5). Ma in pari modo coloro che cadono in potere del nemico soffrono una *capitis diminutio maxima* (6); solo se muoiono nella prigionia, per la disposizione della *lex Cornelia testamentaria* (7) si finge che sieno morti nel momento della cattura, e quindi che non abbiano perduto la loro libertà, *fictio legis corneliae* (8).

2.° *Per pena*, ma secondo il dritto di Giustiniano solo quando un uomo maggiore di 20 anni per frode si è lasciato vendere come schiavo, per far valer poi la sua qualità di uomo libero, e dividere occultamente col venditore il prezzo della vendita; pel qual fatto egli rimane schiavo del compratore (9), e ciò è fondato sopra un decreto del senato d'incerta data (10). Ove la pena non possa aver luogo, il compratore ingannato ha eziandio un' azione pretoria per essere indennizzato al doppio (11). Nel dritto antico ci avea parecchi casi che qui si riferivano, ma parte di questi svanirono ben presto. 1° L'antica servitù per debiti mediante la *manus injectio* (12) cessò presto di produrre una vera schiavitù, e forse non ebbe mai questo effetto (13). 2° La disposizione delle XII. Tavole, che il ladro preso sul fatto *fur manifestus* dovesse divenire schiavo del dirubato (14), fu abolita dall' editto

(4) § 17. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 5. § 1. D. *de statu hom.* (1. 5.) L. 7. pr. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) Per questo rapporto son tenuti come nemici tutt' i popoli coi quali non si è conchiusa alcuna lega L. 5. § 2. D. *de captivis* (49. 15.)

(5) § 2. J. *de jure pers.* (1. 3.); Varro *de re rust.* II. 10.; Liv. XXI. 51. XLI. II. XLIII. 4.; Caesar. de bello civ. III. 16. Sulla ragione di questo nome veggasi Gell. VII. 4.; *Festo* ed. O. *Muller*. p. 306. « Praeco ibi adsit cum corona, cuique liceat veniat » Confr. *Osenbruggen* de jure belli et pac. Rom. p. 50.

(6) Festo p. *Postliminium*; L. 4. L. 5. D. *de captiv.* (49. 15.)

(7) V. la mia St. § 56. n. IV.

(8) L. 10. 11. 12. 18. 22. D. *de captiv.* (49. 15.) L. 15. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) § 5. J. quib. non est perm. fac. test. (2. 12.); Ulp. XXIII. 5.; Paul. S. R. III. 4. A. § 8.

(9) § 1. J. *de cap. min.* (1. 16.) L. 7. 33. 40. D. *de lib. causa.* (4. 12.) L. 1. 3. 5. D. *quib. ad lib. procl. non licet.* (40. 13.) I soldati per questo inganno erano puniti di morte L. 14. D. *de poenis.* (48. 19.)

(10) L. 3. L. 5. D. *eod.* Confr. la mia St. § 102. Nota 8.

(11) L. 14-21. D. *de lib. causa.* (40. 12.)

(12) Caj. IV. 21-25.; Gell. XX. 1.

(13) V. § 129.

(14) Caj. III. 189.; Gell. XI. 18.; Serv. ad Aeneid. VIII. v. 205.; Theoph. IV. 12. pr.; Isidori Orig. V. 26.

pretorio, che vi sostituì una pena pecuniaria (15). 3° La vendita che in tempi antichissimi si faceva di coloro che si erano sottratti alla coscrizione *lectio* (16) cadde in disuso per la gran copia di soldati volontari (17), e 4° della somigliante punizione di coloro che non aveano fatta la loro dichiarazione nel *census* (18), ne'tempi posteriori non se ne tien più ragione (19). Sotto gl' imperadori veramente vi si aggiunse un paio di casi nuovi. 5° Alla condanna a morte, del pari che alla condanna perpetua a certi lavori, come la *damnatio in metalla* (miniere) ed in *opus metalli* (fucine) fu aggiunta come *servitus poenae* una *capitis diminutio maxima* (20), e 6° un senatoconsulto Claudiano proposto dall' Imperadore Claudio attribuì al padrone dello schiavo la donna libera che avea avuto commercio con uno schiavo altrui non ostante il divieto del padrone replicato per tre volte (21), la qual cosa pel *contubernium* con gli schiavi del Fisco o di un Comune più tardi fu estesa in ciò che qui non v'era mestieri di alcun divieto, e forse neppur l'errore della donna sullo stato dello schiavo la esentava dalla pena (22). Ma anche questi casi furono di poi posti da banda. Dopo che Costantino avea già eccettuato dal senatoconsulto Claudiano il caso del *contubernium* con gli schiavi del fisco, precisamente per l'eccessivo rigore che in quelle disposizioni si rinveniva (23), Giustiniano abolì interamente quel senatoconsulto (24), ed escluse anche per le condanne a morte o a' lavori di pena la *servitus poenae* che eravi annessa (25).

3.° *Per nascita da una schiava.* I figliuoli di una schiava appartengono al padrone della madre (26), solamente ammise Giustiniano la

(15) Caj. III. 189. IV. 111.

(16) Cic. pro Caecina c. 34.; Valer. Max. VI. 3. § 4. Curio Dentato introdusse l'uso di vendere insiem con lui anche il patrimonio; Liv. Epit. XIV.

(17) L. 4. § 10. D. *de re mil.* (49. 16.)

(18) Dion. Hal. IV. 15. V. 75.; Liv. I. 44.

(19) Presso Ulp. XI. 11. se ne trova la più recente menzione.

(20) L. 8. § 4. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 8. § 4-11. L. 18. § 6. L. 36. D. *de poenis* (48. 19.)

(21) Tac. Ann. XII. 53.; Caj. I. 84. 91. 160.; Ulp. XI. 11.; Paul. S. R. II. 21. A.; Plin. H. N. XXXV. c. penult.; Plin. Ep. VII. 6.; L. 6. L. 8. C. Th. ad. Sct. Claud. (4. 11.)

(22) L. 3. C. Th. *eod.*; Paul. II. 21. A. § 14. Per rapporto all' errore questi passi si contradicono.

(23) L. 3. C. Th. cit.

(24) L. 1. C. de Sct. Claud. (7. 24.) § 1. J. *de succes. subl.* (3. 13.)

(25) Nov. 22. c. 8.

(26) § 3. J. *de jure. pers.* (1. 3.) § 37. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 28. § 1. D. *de usur.* (22. 1.)

limitazione che forse era stata di già stabilita da Adriano, cioè che tutt'i figliuoli, la cui madre fosse stata libera nel tempo del concepimento, o della nascita, o anche nell' intervallo tra il concepimento e la nascita, o avesse di già dovuto esser libera, fossero liberi (27). Prima sotto più rapporti valevano altri principi. 1° Così molti giuristi sostenevano che quando una donna incinta cadeva in schiavitù, solo il figlio conceputo nel matrimonio fosse libero, ma il figlio illegittimo appartenesse al padrone. Almeno ciò si sosteneva per la schiavitù, in cui si fosse incorso per effetto del senatoconsulto Claudiano (28), pel quale caso Costantino andò più oltre, e senza alcuna distinzione attribuì il figlio al padrone (29) e così durò la cosa in fino a che lo stesso senatoconsulto non venne rivocato (30). 2° Viceversa nella liberazione di una schiava incinta era attribuita al figliuolo la libertà solo quando era stato generato da un cittadino Romano, giacchè in altro caso apparteneva al manomettente (31). 3° Secondo il menzionato senatoconsulto Claudiano i figliuoli che una donna libera scientemente avea procreati con uno schiavo altrui (32), doveano appartenere al padrone dello schiavo, anche quando la madre rimaneva libera, perchè o il padrone avesse consentito alla loro unione, o non vi si fosse opposto (33), il che Adriano riformò pel caso di un consentimento espresso (34). 4° Dall' altro canto questo senatoconsulto dichiarò liberi i figli maschi di una schiava, quando fossero generati da un cittadino romano nella opinione che la madre fosse libera, ma ciò fu abrogato da Vespasiano (35). 5° Singolarissima fu la disposizione di Costantino, che i figliuoli nati dal *contubernium* con gli schiavi del fisco, che egli avea escluso dal *Sctum Claudianum*, dovessero divenir Latini (36). Ma tutte queste anomalie scomparvero nel dritto di Giustiniano.

4.° *Per l'accoglimento de' fanciulli esposti.* Per più di mille anni rimase indeciso se colui che accoglieva un fanciullo esposto, potesse farlo

(27) L. 5. § 2. 3. L. 18. D. *de statu hom.* (1. 5.); Caj. I. 82.; Paul. S. R. II. 24. § 2. 3.; L. 3. L. 4. C. *de fideic. lib.* (7. 4.) L. 26. § 1. 2. D. *eod.* (40. 5.)

(28) Caj. I. 89-91.

(29) L. 1. § 1. L. 7. C. Th. de Scto Claud. (4. 11.)

(30) V. La Nota 24.

(31) Caj. I. 88.

(32) Nell'errore della madre sopra lo stato dello schiavo, i figliuoli rimanevano liberi; Caj. I. 86.; L. 3. C. *sol. matr.* (5. 18.)

(32) Caj. I. 84. 86.

(34) Caj. I. 84.

(35) Caj. I. 85.

(36) L. 3. C. Th. de Scto Claud. (4. 11.)

schiavo. Così avveniva non di rado (37), ma non v' era niuna legge su tal proposito, e gl' imperadori facevano sopra ciò de' rescritti molto differenti e dubbiosi (38). Costantino finalmente lo permise (39), ma Giustiniano lo vietò alla sua volta (40), anche quando si potesse dimostrare esser figlio di schiava (41). Per regola, cessata una volta la schiavitù non viene ristabilita mediante la restituzione nello stato primiero (42). Solo il Sovrano stesso può conceder la restituzione per gravissime ragioni (43).

IV. COME CESSA LA SCHIAVITU' (*).

1) *Per la manomissione.*

A. Forma della medesima.

§ 122. Il modo più ordinario di por fine alla schiavitù è la manomissione per parte del padrone, *manumissio*, la quale si può fare in varie guise:

1.° *Manumissio vindicta.* Questa forma che trae origine dai tempi più antichi è una particolare applicazione della *in jure cessio* (1), e quindi apparteneva alle *legis actiones* (2). In seguito di una *vindicatio in libertatem* promossa per semplice apparenza, ed alla quale aderiva il padrone (dal che appunto le è venuto il suo nome) (3), veniva attribuita

(37) Seneca Controv. 33.

(38) Plin. Epist. X. 71. 72.

(39) L. 1. C. Th. de expos. (5. 7.); Jul. Firmicus VII. 1. 5.

(40) L. 3. C. *de infant. expos.* (8. 52.)

(41) L. 4. C. *eod.* Nov. 153. c. 1.

(42) L. 7. pr. § 1. 8. L. 24. D. *de dolo* (4. 3.) L. 7. §. 10. L. 9. § 6. L. 10. L. 11. pr. L. 31. L. 48. § 1. D. *de minor.* (4. 4.) L. 8. § 17. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 9. D. *de appell.* (49. 1.) L. 4. C. *de dolo.* (2. 21.) L. 1-4. C. *si adv. lib.* (2. 31.)

(43) L. 9. § 6. L. 10. D. *de minor.* (4. 4.)

(*) *W. a. Loon* Eleytheria sive de manumissione servorum apud Romanos. Ultrai 1685. 12.

(1) V. sopra § 36. ed *Unterholzner* nel Giornale per la cognizione storica del dritto vol. II. n. 5.

(2) L. 2. 3. *de off. proc.* (1. 16.); L. un. C. Th. *de his qui a non dom.* (4. 10.)

(3) La derivazione del nome ed anche dell' origine della *manumissio vindicta* da uno schiavo *Vindicio*, il quale scoprì una congiura che avea lo scopo di rimettere nel Regno Tarquinio superbo, presso Liv. II. 5.; L. 2. § 24. D. de O J. (1.2.); Malalas Chronograph. p. 182. ed. Bonn. non merita considerazione alcuna.

allo schiavo la libertà (4). In essa anticamente si usavano anche alcune cerimonie, cioè che il padrone menava in giro lo schiavo col capo raso (5), l'ultima volta gli dava una percossa (6), e gli copriva il capo con un cappello come segno della libertà (7).

2.° *Manumissio testamento* (8). Senza dubbio in ogni tempo il padrone potè validamente dichiarar libero il suo schiavo nel testamento, ad ogni modo questo dritto è fondato sulle XII. Tavole (9). Questa manomissione può farsi non solo assolutamente, ma anche sotto condizione, il che non può avvenir per le altre forme (10); ma essa non ha effetto che dopo la morte del testatore (11), per la qual ragione quelli che in tal modo erano manomessi si appellavano *liberti orcini*, giacchè il loro padrone si trovava nell' *Orcus* (12). Costantino per queste manomissioni dispensò i cherici dalle forme testamentarie, che altrimenti sarebbero state necessarie (13), e secondo il dritto di Giustiniano dee anche valer come una manomissione testamentaria quando uno schiavo senza una espressa dichiarazione di libertà è istituito erede dal suo padrone, il che prima per lo meno era controverso (14).

3.° *Manumissio censu*. Dopo Servio Tullio si cominciò anche a liberare gli schiavi per questo mezzo, che quando si teneva il *census* si facevano registrare nelle liste de' cittadini (15). Ma quando fu cessato

(4) Cic. Top. c. 2.; Boethius ad h. l.; Schol. ad Persii Sat. v. 88.; Festo p. *Manumitti*; Ulp. I. 7.; L. 1. 5. 7. 17. 18. 21. 23. D. *de man. vind.* (40. 2.) L. 4. C. *eod.* (7. 1.); Theoph. I. 5. § 1. 2. 4.; *a Loon* c. 3.

(5) Pers. Sat. V. v. 75. 78.; Seneca Epist. 8.; Quintil. Declam. 342.; Isidori Orig. IX. 4.

(6) Isidor. l. c.; Claudianus de IV. Consulatu Honorii v. 615. seg. Cornutus Schol. ad Pers. Sat. l. c.; Juvenalis Sat. V. in fine; Phaedri fabulae II. 5.; Ambrosii Epist. 7.; L. 6. C. *de emancipat.* (8. 49.) Nov. 81. proem.

(7) Servius ad Aeneid. VIII. v. « *Nascenti* » L'imposizione del cappello avea luogo anche nelle altre forme di manomissione L. 10. C. *de man. test.* (7. 2.); Dion. Gothofredus ad. l. un. § 5. C. *de Lat. lib. toll.* (7. 6.)

(8) Ulp. I. 9.; Boethius l. c.

(9) L. 220. D. de V. S. (50. 16.); Ulp. I. 9. II. 4.

(10) L. 2. L. 6. L. 7. L. 8. L. 13. L. 14. D. *de manum. test.* (40. 4.)

(11) L. 23. D. *eod.*

(12) Ulp. II. 8.; § 2. J. *de sing. reb.* (2. 24.) L. 4. § 8. D. *de fideic. lib.* (40. 5.) L. 10. C. *de manum. test.* (7. 2.) L. un. § 7. C. de Lat. lib. toll. (7. 6.)

(13) L. 2. C. *de his qui in eccles.* (1. 13.) L. un. C. Th. *de manum. in eccles.* (4. 7.)

(14) L. 5. C. *de necess. serv. her. inst.* (6. 27.) § 2. J. *qui et quib. ex caus.* (1. 6.) pr. J. *de her. inst.* (2. 14.) § 1. J. *de her. qual.* (2. 19.)

(15) Cic. de Orat. I. 40. Top. c. 2.; Ulp. I. 8.; Boethius l. c.; Theoph. I. 5. § 4.; Fragm. de jur. spec. § 19.

l'antico solenne censo lustrale (16) cessò con esso questa forma di manomissione (17).

4.° *Manumissio in sacrosanctis ecclesiis.* Per contrario Costantino introdusse una forma nuova, o almeno la riconobbe legalmente, giacchè anche prima dev'essere stata in uso tra i Cristiani. Essa consiste in ciò che il padrone alla presenza di sacerdoti cristiani dichiara libero il suo schiavo, e gliene rilascia un documento sottoscritto dai medesimi come testimoni (18).

5.° A queste si aggiungono parecchie altre forme, le quali siccome non fondate sulla legge, da principio non assicuravano che una libertà di fatto *in libertate morari* (19), fino a che la *lex Junia Norbana* non vi attribuì il *jus latinorum* (20), ma Giustiniano le elevò in parte a manomissioni con pieno effetto (21). Esse sono: 1° la *manumissio per epistolam* per mezzo d'una lettera sottoscritta da cinque testimoni (22); 2° la *manumissio inter amicos* per mezzo d'una dichiarazione di libertà fatta a voce in presenza di cinque testimoni (23); 3° la *manumissio per matrimonium* per mezzo di un matrimonio contratto con una schiava, quando non si fosse caduto in errore sullo stato di lei (24); 4° la *manumissio per nominationem filii* mediante l'adozione dello schiavo, il che però non gli dava alcun dritto di figliuolo (25); e 5° la *manumissio per mensam* ammettendo lo schiavo alla mensa del padrone (26), ma quest'ultimo modo fu trasandato, e per ciò appunto rigettato da Giustiniano.

(16) Confr. la mia St. § 83.

(17) Ulp. l. c.; Boethius l. c.; Theoph. l. c.; siccome il Fragm. de jur. spec. § 19. parla della *manumissio censu* come tuttora in voga, così dev'essere molto più antico che Ulpiano.

(18) L. 1. L. 2. pr. C. *de his qui in eccles.* (1. 13.); Theoph. I. 5. § 1.; *R. A. van Beem* de manum. in S. S. eccles. Tr. ad Rhen. 1756. 4. (*Oelrich* Thes. nov. vol. II. T. I. p. 1. seg.)

(19) V. la mia St. § 35.

(20) V. la mia St. § 80.

(21) L. un. C. de Lat. lib. toll. (7. 6.) § 3. J. de libert. (1. 5.)

(22) L. un. § 1. C. *eod.* Confr. con Theoph. I. 5. § 4.; Isidori Orig. IX. 4.; L. 38. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.) § 1. *de libert.* (1. 5.) Fragm. de jur. spec. et man. § 17.

(23) L. un. § 2. C. cit. Confr. con Theoph. l. c.: § 1. J. cit.; Seneca de vita beata c. 24.; Plin. Epist. VII. 16.; Martial. Epigr. IX. 88.; Evang. Lucae XII. V. 37.; Fragm. *de jur. spec. et man.* § 16.; Caj. I. 41. 44.; Ulp. I. 18.

(24) L. un. § 9. C. cit. Confr. con la Nov. 22. c. 10.

(25) L. un. § 10. C. cit. § 12. J. de adopt. (1. 11.); Gell. V. 19.

(26) Caj. Epit. I. 1. § 2.; Theoph. l. c.

B. Condizioni.

§ 123. Dopo Marc-Aurelio possono manomettere anche tutte le pei sone morali (1). Per la validità e pel pieno effetto della manomissior si richiedono:

1.° *In generale per ciascuna forma* le seguenti condizioni: 1) Ess deve farsi liberamente, giacchè il costringimento produce la piena nul lità (2). 2) Il manomettente dev' esser proprietario dello schiavo (3) per il che quando vi son più comproprietari si richiede anche il con sentimento di tutti, altrimenti solo colui che ha fatta la manomission perde la sua parte, la quale ricade agli altri, il che dicesi *jus accre scendi* (4). Ma Giustiniano obbligò gli altri comproprietari a cedere p fine della manomissione le loro porzioni mediante una indennità. (5) I quanto a quella divisione della proprietà che s'incontra nel dritto anti co, secondo la quale uno poteva avere lo schiavo *in bonis*, cioè esse proprietario di fatto, mentre di nome la proprietà come *nudum ju Quiritium* si apparteneva ad un altro (6), quest' ultimo non potev manomettere da sè solo (7), ma il primo sì; nondimeno il manomess diveniva soltanto *Latinus Junianus*, se non avesse consentito anch il proprietario nominale (8); ma di costui non accade più far parol dacchè Giustiniano abolì quella doppia proprietà (9). 3) Bisogna ch non vi sia qualche dritto de' terzi che ne possa rimaner pregiudicat Se alcuno abbia una servitù personale sullo schiavo, per certo la ma nomissione ciò non ostante estingue la proprietà, ma il manomess

(1) L. 1. D. *de manum. quae servis ad univers.* (40. 3.) La disposizione di Mar Aurelio riguardò solo le *universitates personarum*, imperocchè i manomessi dei Temp s' incontrano ben più presto; V. § 27. Nota 14.

(2) L. 9. pr. L. 17. pr. D. *qui et a quib. man.* (40.9.)

(3) Caj. II. 267.; L. 20. D. *eod.* L. 9. C. *de man. test.* (7. 2.) L. 4. L. 5. C. *d his qui a non dom.* (7. 10.); L. un. C. Th. *eod.* (4. 10.) Un tutore del proprietario no può manomettere L. 13. D. *de manum.* (40. 1.)

(4) Ulp. I. 18.; Paul. IV. 12. § 1.; Fragm. *de jur. spec. et man.* § 12.; § 4. *de donat.* (2. 7.)

(5) L. un. C. *de comm. serv. man.* (7. 7.) § 4. *de donat.* (2. 7.)

(6) I particolari intorno a ciò si esporranno nella teorica della proprietà.

(7) Caj. I. 54.; Fragm. de jur. spec. et man. § 11.

(8) Caj. I. 17. 35.; Ulp, I. 16; Theoph. I. 5. § 4.

(9) L. un. C. *de nudo jure Quir. toll.* (7. 25.)

(10) Ulp. I. 19.; Fragm. *de jur. spec.* § 13.; L. 38. § 1. D. *de nox. act.* (9. 4 L. 36. D. *de stip. serv.* (45. 3.) L. ult. D. *pro derelicto* (41. 7.) L. 23. pr. D. *lib. causa.* (40. 12.) L. 1. C. *commun. de manum.* (7. 15.)

dee continuare a servir come prima quello che ha su di lui la servitù personale, in fino a che questi vive, e però egli vien detto *servus sine domino*. Per contrario la manomissione di schiavi soggetti ad un pegno speciale è interamente nulla (11), del pari che la manomissione di schiavi ereditari, che il testatore ha legati a qualcuno (12). La *Lex Aelia Sentia* dichiarò anche nulle le manomissioni fatte da un debitore insolvibile in pregiudizio de' suoi creditori, o da un liberto in pregiudizio de' dritti ereditarii del suo patrono (13), tranne solamente il caso che un debitore istituisca suo erede uno schiavo (14); ed Adriano rigettò tutte le manomissioni che fossero fatte soltanto con lo scopo di sottrarre lo schiavo ad una inquisizione per delitto (15). 4) Il padrone non dee al tempo della manomissione trovarsi sotto processo (16), e 5) non dee aver acquistato lo schiavo con la condizione di non liberarlo (17). 6) In fine dee il padrone avere anche l' età legale. In origine bastava la pubertà, solo per le donne si richiedeva anche il consenso del loro tutore (18), ma la *lex Aelia Sentia* richiese nel padrone l' età di 20 anni (19), purchè non vi fosse qualche ragione particolare per affrettare la manomissione, come la gratitudine verso lo schiavo, la parentela naturale col medesimo, ed altro simile, e questa ragione si dovea dimostrare innanzi un *consilium*, che in Roma si componeva di 5 Senatori e 5 Cavalieri nominati dal Pretore urbano, e nelle province, di alcuni cittadini romani nominati dal Preside (20). In generale le cose rimasero così, solo per le manomissioni testamentarie Giustiniano da prima dichiarò sufficiente l' età di 17 anni compiuti (21), e di poi nuovamente la pubertà (22). Ma la prescrizione della medesi-

(11) L. 9. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.) L. 3. D. *de manum.* (40. 1) L. 1-3. C. *de servo pign. dato* (7. 8.)

(12) L. 11. D. *de manum.* (40. 1.)

(13) Caj. I. 37, 47.; Ulp. I. 15.; Fragm. de jur. spec. § 18.; § 3. J. *qui et a quib. man.* (1. 6.); Theoph. I. 6. pr. § 1-3.

(14) § 1. J. *eod.*

(15) L. 8. § 3. D. *de manum.* (40. 1.)

(16) L. 8. § 1. 2. D. *eod.*

(17) L. 9. D. *eod.* L. 6. D. *de serv. export.* (18. 7.) L. 5. C. *si mancip. ita fuerit alien.* (4. 57.)

(18) Fragm. *de jur. spec.* § 17.

(19) Caj. I. 38; Ulp. I. 13.; Fragm. *de jur. spec.* § 15.; § 4. J. *qui et a quib. man.* (1. 6.) L. 1. *de manum.* (40. 1.)

(20) Caj. I. 18-21. 39-41.; Ulp. I. 12. 13; Fragm. *de jur. spec.* § 15. § 4-6. J. *qui et a quib. manu.* (1. 6.) L. 102. D. *de legat.* I. (30.) L. 4. § 2. L. 5-20. D. *de man. vind.* (40. 2.); Theoph. I. 6. § 4-7.

(21) § 7. J. *qui et a quib. man.* (1. 6.)

(22) Nov. 119. c. 2.

ma legge, che uno schiavo manomesso prima di giungere all' età di 3 anni compiuti, senza che se ne dimostrasse una particolare ragione dovesse per la manomessione divenir semplicemente Latino (23), che uno schiavo, il quale fosse stato una volta messo sotto inquisizion per delitto, dovesse soltanto divenir deditizio (24), fu totalmente abo lita da Giustiniano (25).

2.° *I requisiti propri della manomissione testamentaria* sono : ch il testamento sia valido, il che solo pei cherici soffre un' eccezione pe rispetto alla forma (26), e che gli eredi abbiano adita l' eredità (27) Non pertanto quando gli eredi rinunciano, vi si può rimediare me diante *l' addictio bonorum libertatum servandarum causa* introdott da Marc-Aurelio (28); imperocchè allora l' eredità viene attribuita a uno degli schiavi manomessi che offre cauzione pel pagamento di tut t' i debiti della successione (29), come se egli fosse l' erede istituit (30). Se alla manomissione si sia apposta una condizione, questa na turalmente dovrà anche verificarsi prima che lo schiavo, il quale i quell' intervallo appellasi *statu liber* (31), acquisti la libertà (32). M l' adempimento della condizione produce il suo effetto anche quand lo *statu liber* sia stato alienato, e quindi si trovi appartenere ad u altro padrone (33). Così era prescritto fin dalle XII. Tavole (34). An cora si ha come adempiuta la condizione quando l' adempimento ne stato impedito dal padrone, il che probabilmente fu stabilito da Anto nino Pio (35). Inoltre nella *lex Fusia Caninia* (36) per rifrenare le profu

(23) Caj. I. 18-21. 28. 80. IV. 276.; Ulp. I. 12. 14.; Theoph. I. 5. § 4. I. 6. § 4

(24) Caj. 1. 13-15. 25-27. 67.; Ulp. I. 11. XX. 14. XXII. 2.; Dio. Cass. LV. 13. Sueton. in Octav. c. 60.; Theoph. I. 5. § 3.

(25) L. un. C. *de dedit. lib. toll.* (7. 5.) L. un. pr. C. *de Lat. lib. toll.* (7. 6.); Theoph. I. 5. § 4.

(26) L. 2. C. *de his qui in eccles.* (1. 13.)

(27) *De manum. test.* (40. 4.) L. 2. pr. D. *de statu lib.* (40. 7.) L. 10. C. *de test man.* (7. 2.)

(28) Pr. § 1. 2. J. *de eo cui lib. causa bona add.* (1. 11.) L. 2-4. D. *de fideic lib.* (40. 5.)

(29) L. 4. § 8-11. D. *eod.*

(30) L. 15. C. *de man. test.* (7. 2.)

(31) Ulp. II. 1. 2.; L. 1. D. *de statu lib.* (40. 7.); *Madai* Gli statu liberi del dritt Romano. Halle 1834. 8.

(32) L. 3. seg. D. *eod.*

(33) Ulp. II. 3. 4.; L. 2. L. 6. § 3. L. 9. D. *eod.*

(34) Ulp. II. 4.

(35) Ulp. II. 5-6.; L. 3. pr. § 1-1. 10. 11. 16. L. 4. pr. D. *eod.* *Confr. con.* L. 34. § 1. D. *eod.*

(36) V. la mia St. § 98.

se manomissioni testamentarie (37), fu imposta la condizione limitativa che il testatore dovesse nominatamente indicare gli schiavi da manomettersi (38), e che potesse manometter soltanto una parte proporzionata de' suoi schiavi, ma giammai più di 100 (39). Se ne erano manomessi di più, solo i primi nominati fino al numero permesso divenivano liberi (40), e quando, per eluder questa disposizione, i nomi fossero scritti in cerchio, niuno veniva liberato (41). La indicazione degli schiavi per nome si era già sotto Marc-Aurelio dichiarata non necessaria da un Senatoconsulto Orfiziano (42), e Giustiniano abolì poi tutta quanta la legge (43).

C. Obbligazione di manomettere.

§ 124. In generale la manomissione dipende dalla libera volontà del padrone, non pertanto può incontrarsi una obbligazione di manomettere.

1° *Per una convenzione*, e segnatamente 1) per una convenzione collo schiavo medesimo. Cioè se il compratore di uno schiavo ha anticipatamente convenuto con lui, che paghi egli medesimo il prezzo di compra dal suo peculio, quando ciò sia avvenuto, potrà secondo una disposizione di Lucio Vero esser costretto giudiziariamente alla manomissione (1), ed il medesimo vale quando alcuno ha promesso allo schiavo la libertà per un prezzo, e questo prezzo effettivamente sia stato pagato (2). 2) Per una convenzione con un terzo. Quando alcuno nell' acquistare uno schiavo promette al tradente di manometterlo dopo un certo tempo, o all' avvenire di una certa condizione, non solamente egli è tenuto a questa promessa, ma in caso di una ulteriore alienazione, anche il nuovo padrone vi è obbligato, e se la manomissione, non si effettua al tempo debito, lo schiavo divien libero da sè

(37) Dion. Hal. IV. 24.; Sueton. in Octav. c. 40.; Caj I. 42. 44. L'esempio dell' osservanza della lex. Furia Caninia nelle altre manomissioni, narrato da Vopisco in Tac. c. 10, pare che sia semplicemente volontario.

(38) Ulp. I. 25., Caj. Epit. I. 2. § 2.; Paul. S. R. IV. 14. § 1.

(39) Caj. I. 43. 45.; Caj. Epit. I. 2. pr.; Ulp. I. 24.; Paul. S. R. IV. 14. § 4.

(40) Caj. Epit. I. 2. § 2.

(41) Caj. I. 46.

(42) Paul. S. R. IV. 14. § 1.

(43) L. un. C. *de lege Fur. Can. toll.* (7. 3.) § un. J. *eod.* (1. 7.) Theoph. I. 7.

(1) L. 4. L. 5. pr. D. *de manum.* (40. 1.)

(2) L. 6. D. *eod.* L. 8. C. *de lib. causa* (7. 16.)

(3), il che ha pure il suo fondamento in una costituzione di Marc-Aurelio e Commodo (4). Lo stesso è quando il padrone ha ricevuto da un altro un pagamento perchè liberi lo schiavo (5).

2.° *Per un fedecommesso fideicommissum libertatis*, quando il testatore ha commesso al suo erede o ad altro successore a causa di morte di manomettere uno schiavo. Veramente secondo il dritto antico questa disposizione non era affatto obbligatoria, ma dopochè sotto Augusto i fedecommessi divennero obbligatorii (6), ciò fu del pari applicato al fedecommesso della libertà (7). Un tal fedecommesso è valido anche a riguardo di schiavi altrui, che l'erede in tal caso dee comperare (8). Ancora non è necessario che il gravato abbia l'età richiesta, per gli altri casi, alla manomissione, purchè l'abbia avuta il testatore (9), sebbene quegli e non il testatore si ritenga come manomettente (10). Parecchi speciali favori furono per questi fedecommessi introdotti da alcuni senatoconsulti, de'quali i primi tre si rapportano al tempo di Trajano 1). Secondo il *Sctum Articulejanum* del 101. dopo Cr. (an. di R. 854) può intentarsi l'azione per l'adempimento del fedecommesso innanzi il Preside, nella cui provincia si trova lo schiavo, anche quando l' erede dimori altrove (11). 2) Secondo il *Sctum Rubrianum* può il giudice dichiarar libero lo schiavo quando l' erede dolosamente si sottrae alla manomissione (12), nel qual caso però il testatore vien considerato come manomettente (13). 3) Secondo il *Sctum Dasumianum* dee valer lo stesso quando l'adempimento del fedecommesso anche senza frode non sia seguito a tempo debito (14), o

(3) L. 3. L. 10. D. *de serv. export.* (18. 7.) L. 2. C. *si manc. ita venierit* (4. 56.) L. 1. L. 2. L. 3. L. 6. C. *si manc. ita fuerit alienatum* (4. 57.) L. 4. D. *qui sine manum.* (40. 8.)

(4) L. 10. D. *de serv. export.* (18. 7.) L. 3. C. *si manc. ita fuerit alien.* (4. 57.) L. 6. pr. D. *qui sine manum.* (40. 8.) L. 38. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 3. § 2. D. *de legit. tut.* (26. 4.)

(5) L. 4. C. *si manc. ita fuerit alien.* (4. 57.)

(6) § 1. J. *de fideic. lib.* (2. 23.) pr. J. *de codicillis* (2. 25.)

(7) Caj. II. 263-272.; Ulp. II. 7-11. XXV. 18.

(8) Caj. II. 264-265.; § 2. J. *de sing. reb. per fideic. rel.* (2. 24.) L. 16. L. 29. pr. D. *de fideic. lib.* (40. 5.) L. 6. C. *eod.* (7. 4.)

(9) L. 11. D. *eod.* L. 5. C. *eod.*

(10) Ulp. II. 8.; Caj. II. 266.; § 2. J. cit. L. 7. C. *de fid. lib.* (7. 4.)

(11) L. 51. § 7. D. *de fid. lib.* (40. 5.)

(12) L. 26. § 7. L. 33. § 1. D. *eod.*

(13(L. 5. D. *eod.* L. un. § 7. C. *de Lat. lib. toll.* (7. 6.)

(14) L. 51. § 4. 5. L. 19. pr. D. *eod.*

quando il gravato non sia l'erede ma un altro successore (15). 4) Secondo un senatoconsulto del tempo di Adriano ciò ha luogo eziandio quando il gravato sia morto senza lasciare un erede che potesse eseguire la sua obbligazione (16), e 5) un *Sctum Juncianum* sotto Marc-Aurelio e Commodo estese tutti questi favori anche al fedecommesso della libertà fatto a favore di uno schiavo altrui (17). L'esclusione della restituzione contro una manomissione già effettuata (18) non ha luogo però anche per la semplice obbligazione di manomettere, la quale può esser tolta per le ordinarie cause di restituzione (19).

2) *Cessa la schiavitù da sè stessa.*

§ 125. Oltre ai casi accennati nel paragrafo precedente ne'quali, la manomissione si ha come avvenuta, uno schiavo ottiene anche la libertà senza manomissione:

1.° *Per pena del padrone*, quando questi lo lascia senza soccorso nella vecchiezza o in una malattia, giusta un editto dell' Imperadore Claudio (1), ovvero quando il padrone espone un fanciullo schiavo, giusta una disposizione di Giustiniano (2), e del pari quando il padrone ha voluto costringere alla prostituzione una schiava acquistata con la condizione *ne prostituatur*. Veramente in origine pare che la schiava in tal caso non diveniva libera, se non quando il venditore così avesse stabilito per patto (3); ma Adriano diede al venditore il dritto di ripigliarsi la schiava (4), e Marc-Aurelio dichiarò libera la schiava (5), il che fu confermato da Giustiniano (6).

2.° *Per ricompensa* 1) quando uno schiavo scuopre gli uccisori del suo padrone, giusta un senatoconsulto ignoto (7), 2) in generale quan-

(15) L. 51. § 6. D. *eod.*
(16) L. 5. D. *eod.*
(17) L. 28. § 4. L. 51. § 18. D. *eod.*
(18) V. § 126. Nota 42.
(19) L. 11. § 1. D. *de minor.* (4. 4.) L. 4. C. *de dolo* (2. 21.) L. 1. C. *si adv. lib.* (2. 31.)
(1) Suidas in Claudio; L. 2. D. *qui sine manum.* (40. 8.) L. un. § 3. C. *de Lat. lib. toll.* (7. 6.) Nov. 22. c. 12.
(2) L. 4. C. *de infant. expos.* (8. 52.) Nov. 153. c. 1.; V. sopra § 121. n. IV.
(3) L. 6. pr. D. *de serv. export.* (18. 7.) L. 7. pr. D. *de jure patron.* (37. 14.)
(4) L. 1. C. *si manc. ita venierit* (4. 56.)
(5) L. 6. pr. § 1. D. *qui sine man.* (40. 8.)
(6) L. un. § 4. C. *de Lat. lib. toll.* (7. 6.)
(7) L. 3. § 4. D. *de suis et legit.* (38. 16.) L. 4. D. *de bon. libert.* (38. 2.) L. 5.

do egli rivela de'gravi delitti e i loro autori, il che parimente fu introdotto da un senato consulto, (8) e 3) quando gli schiavi, ne'funerali del padrone abbiano secondo la volontà del defunto prestato i loro servigi per fargli onore (9).

3.° *Pel prezzo* pagato all'attore nella *vindicatio in servitutem* (10).

4.° *Per la prescrizione*, per la quale se il possesso della libertà è in buona fede, è sufficiente il *longum tempus* di 10, o 20 anni (11), altrimenti si richiedono 30 anni (12).

5.° *Per l' ammissione al servigio personale del Principe*, purchè non sia seguita contro la volontà del padrone, il quale per altro non può far valere il suo dritto che nel termine di 5 anni (13).

6.° *Per l' ammissione nello stato ecclesiastico* con saputa del padrone (14).

7.° *Per effetto del jus postliminii*, quando alcuno è liberato dalla cattività presso il nemico, giacchè rientra allora in tutt' i suoi dritti (15), cosicchè egli vien tenuto ancora come ingenuo (16).

8.° Finchè fu in voga la *servitus poenae* (17), tra questi modi di liberazione si annoverava anche *la grazia fatta* al servo di pena (18), per effetto della quale egli parimente ricuperava la sua ingenuità (19), ma un vero schiavo condannato ai lavori pubblici e di poi aggraziato non ritornava al suo primo padrone, ma rimaneva schiavo dello Stato (20).

D. *qui sine man.* (40. 8.) L. 1. C. *pro quib. causis servi* (7. 13.). La L. 5. D. cit. fa divenire lo schiavo *libertus orcinus*, mentre gli altri passi attribuiscono il patronato all'erede.

(8) L. 5. § 10. 11. D. *de injur.* (47. 10.) L. 2-4. C. *pro quib caus. serv.* (7. 13.) L. 1. § 4. C. Th. de raptu virg. (9. 24.)

(9) L. un. § 5. C. *de Lat. lib. toll.* (7. 6.)

(10) L. un. § 8. C. *eod.*

(11) L. 16. § 3. D. *qui et a quib. man.* (40. 9.) L. 2. C. *de praescr. l. t. quae pro lib.* (7. 22.). Una posteriore disposizione, secondo la quale si richiedevano sedici anni; L. 3. C. Th. *de lib. causa* (4. 8.) fu tralasciata da Giustiniano.

(12) L. 1. C. *de praescr.* l. t. *quae pro lib.* (7. 22.) Confr. con L. 3. C. *de praescr. 30. ann.* (7. 39.)

(13) L. 4. C. *de praepos. sacri cubic.* (12. 5.)

(14) Nov. 5. c. 2, § 2. Nov. 123. c. 4. 17.

(15) Festus p. *Postliminium*; L. 4, L. 5. L. 11. L. 16. L. 19. D. *de captiv.* (49. 15.)

(16) L. 21. § 1. D. *eod.* § 1. J. *de ingen.* (1. 4.)

(17) V. § 121.

(18) L. 1. § 1. L. 4. D. *de sent. pass. et rest.* (48. 23.) L. 2. C. *eod.* (9. 51.)

(19) § 1. J. *de ingen.* (1. 4.)

(20) L. 8. C. *de sent. pass. et rest.* (9. 51.)

V. Relazioni analoghe.

1) *Mancipium*, *Auctoratio*, e *Redemptio ab hostibus*.

§ 126. Allato alla schiavitù propriamente detta si trovano ancora parecchie relazioni giuridiche più o meno simiglianti. A queste appartengono:

1.° Il *mancipium*, cioè uno stato simile alla schiavitù, *servilis conditio*, in cui i *filii familias* e le mogli *in manu* cadevano per l' alienazione, e la *noxae datio*, ed ebbe il suo nome dal perchè il trasferimento dovea sempre aver luogo mediante la *mancipatio* (1). Questo stato durava tutta la vita, quando non seguiva alcuna manomissione, la quale quì avveniva nello stesso modo che per gli schiavi (2), e non era limitata dalle disposizioni della *lex Aelia Sentia* e *Furia Caninia* (3). Ma nella *noxae datio* si poteva domandare la manomissione subitochè col lavoro o coi servigi si era scontato il debito (4), e nelle alienazioni volontarie la remancipazione al padre o la manomissione ordinariamente si conveniva mediante il *pactum fiduciae*, il che non si tralasciava mai quando l'alienazione avea il solo scopo di estinguere la potestà paterna o maritale (5). Anzi in questo caso la liberazione poteva avvenire contro la volontà del padrone per la dichiarazione nel *Census* (6). Finchè durava il *mancipium* quei che si trovavano in questo stato doveano per verità servire il padrone come schiavi, e ciò che essi acquistavano apparteneva a lui (7). Nondimeno il padrone non potea trattarli capricciosamente, anzi poteva per questo esser convenuto con azione d' ingiurie (8), dovea anche pagare i debiti da loro con-

(1) Caj. I. 117-123. 132-135. 141. IV. 79.; L. 3. § 1. D. *de cap. min.* (4, 5.) L. 3. § 4. D. *de lib. hom. exhib.* (43. 29.)

(2) Caj I. 138.

(3) Caj. I. 139. 140.

(4) Collat. II. 3.

(5) Caj. I. I. 114. 115. 118. 132. 134. 141. IV. 79.; L. 3. § 1. D. *de cap. min.* (4. 5.) Liv. XLI. 8. 9. ci presenta una singolare applicazione del *mancipium*, cioè che i Latini mancipavano ai Romani i loro figliuoli sotto la condizione di manometterli, per procurar loro con tal mezzo la cittadinanza; la qual cosa fu vietata dal Senato A. U. 575.

(6) Caj. I. 140.

(7) Caj. II. 90.; Ulp. XIX. 18. Confr. Caj. I. 123. II. 160. III. 114.

(8) Caj. I. 141.

tratti fino a concorrenza di ciò che acquistavano (9). In generale essi rimanevano persone libere, quindi potevano anche contrar matrimonio. I figli che nascevano di tal matrimonio, quando erano stati generati dopo la prima o la seconda alienazione di un figlio ricadevano all'avo, altrimenti venivano anch'essi in *mancipium*, e vi rimanevano fino a che il padre ricuperava la libertà, perchè allora cadevano sotto la sua potestà (10). Nel dritto di Giustiniano il *mancipium* non è ancora al tutto scomparso, ma siccome è cessata la *in manum conventio* (11), abolita interamente la *noxae datio* de'figliuoli (12), e l' alienazione è ristretta al solo caso della vendita de' figli recentemente nati, quando i genitori a causa dell' estrema miseria vi sono indotti (13), così il *mancipium* non può incontrarsi più che in questo caso speciale.

2.° L' *auctoratio*, cioè lo stato di coloro che si erano dati ad un provveditore di combattenti pei giuochi pubblici, *Lanista*, obbligandosi con giuramento di prestargli i loro servigi come gladiatori mediante una mercede *auctoramentum* (14). Gli *auctorati*, si ritenevano veramente come persone libere (15), ma il *lanista* pel tempo della loro capitolazione avea il dritto di tenerli in luogo di custodia, per adoperarli secondo lo scopo della loro convenzione (16). In ciò non si può scorgere un vero *mancipium*, cosicchè essi non avesser potuto conservare per sè i loro acquisti, e fosse necessaria una formale manomissione per congedarli (17). Dopo la proibizione de' giuochi gladiatorii fatta da Costantino (18) naturalmente non si parlò più di *auctoratio*.

3.° La *redemptio ab hostibus*. Se alcuno riscatta un prigione dal nemico, può ritenerlo come pegno, finchè non gli sia rimborsato il prezzo che ha pagato, ed il *postliminium* rimane sospeso fino a quel tem-

(9) Caj. IV. 80. III 84.
(10) Caj I. 135. Confr. § 9. J. *quib mod. jus patr. pot. solv.* (1. 12.)
(11) V. sopra § 106.
(12) V. sopra § 92.
(13) V. sopra § 92.
(14) Collat. IV. 3. IX. 2.; Acron. ad Horat. Serm. lib. II. Sat. 7. v. 58. 59.; Sueton. in Tiber. c. 7.; Senecae Epist. 37.; *Brissonius* de formulis VIII. 50.; *Boecking* de mancipii causis. Berlino 18-6. p. 100. seg.
(15) Caj. III. 199.
(16) Il loro giuramento indicava che essi si assogettavano « uri, vinciri, verberari, ferroque mecari ». Seneca l. c.; Petron. Sat. c. 117.; Horat. Sat. II. 7. v. 58. Confr. Caj. III. 146.
(17) *Boecking* l. c. p. 83. seg. è di altra opinione.
(18) L. un. C. de gladiatur. penitus tollendis (11. 43.)

po (19). Intanto Onorio dispose che i servigi prestati per cinque anni debbono tener luogo del rimborso del prezzo (20).

4.° Il colonato (21).

5.° La servitù de'debitori (22).

2) COLONATO (*).

A. Nozione e contenuto.

§ 127. Il colonato, la cui origine è incerta, era forse una istituzione anteriore ai Romani, relativa alla condizione di un paese soggiogato, ma questa istituzione sotto la dominazione Romana si conservò e si estese (1). Essa quindi in alcune contrade potè incontrarsi ben per tempo (2), ma ad ogni modo non ha per certo avuto origine la prima volta negli ultimi tempi dell' Impero (3), sebbene in questi abbia avuto per la prima volta una grande estensione, e così abbia dato occasione a moltissimi provvedimenti. I coloni chiamati comunemente *Coloni*, *Originarii*, *Adscriptitii*, *Censiti*, ma detti anche *Inquilini*, *Rustici*, *Plebeji*, *Tributarii* erano contadini stabiliti ne'poderi di coloro che aveano le maggiori estensioni di terre, ed eran tenuti a coltivare le terre loro assegnate per una prestazione annuale *annua functio*, che per lo più consisteva in prodotti naturali, e non poteva essere aumentata dal proprietario (4); essi quantunque fossero annoverati tra le persone libere (5), pure eran soggetti a parecchie restrizioni, che li mettevano in un certo rapporto di dipendenza servile verso il

(19) L. 15. L. 19. § 9. L. 20. § 2. L. 21. pr. D. *de captiv.* (49. 15.) L. 2. C. *de postlim.* (8. 51.)

(20) L. 2. C. Th. *eod.* (5. 5.); L. 20. C. *eod.*

(21) V. § 127-128.

(22) V. § 129.

(*) *Savigny* nel Giornale per la cognizione storica del dritto vol. VI. n. 4.

(1 *Savigny* p. 308. seg.

(2) Gli Operarii in Asia, in Egitto, e nell' Illiria presso Varrone *de re rust.* I. 17. sembra secondo la descrizione di Varrone che sieno stati Coloni.

(3) Parecchie disposizioni di Costantino L. 1. C. Th. *de fug.* col. (5. 9.) L. 1. C. Th. *de patrocin. vic.* (11. 24.) L. 2. C. *de agric.* (11. 47.) L. 1. C. *in quib. caus. col.* (11. 49.), presuppongono già il Colonato come un istituzione diffusa, e contengono molti vestigii dell' antichità L. 112. pr. D. *de legat.* I. (30.); Trebell. Pollio in Claudio c. 9.

(4) L. 5. L. 20. L. 23. § 1. C. *de agric.* (11. 47.) L. 2. C. *in quib. caus.* col. (11. 49.); Gregorii M. Epist. I. 44.

(5) L. un. C. *de col. Thracens.* (11. 51.) L. 7. L. 21. L. 23. § 1. C. *de agric.* (11. 47.); L. 1. § 1. C. Th. *de fugit.* col. (5. 9.)

proprietario *dominus*, *possessor*, il quale per tal riguardo appellavasi anche loro *patronus* (6), e che eziandio sotto altri rapporti li agguagliavano agli schiavi (7).

1.° La principale restrizione stava in ciò, che essi strettamente legati al podere, al quale una volta erano appartenuti (8), e perciò denominati anche *servi terrae* (9), non potevano andarsene via senza il consenso del proprietario. Non solo la loro fuga, la quale non altrimenti che la fuga dello schiavo veniva riputata come un furto della propria persona (10), era severamente punita (11), ma il proprietario poteva anche rivendicarli ovunque. Se un altro possessore di beni li avesse ricevuti come coloni, la rivendicazione si dirigeva contro costui (12), il quale dovea di più pagare una forte ammenda (13), altrimenti si dirigeva contro essi medesimi, ed in questo non eran protetti da alcuno stato che avessero ottenuto (14), neppure in generale dalla dignità ecclesiastica (15). Ma dall' altra parte neppure il proprietario poteva cacciarli dal podere (16), nemmeno mediante un cambio con altri, come Valentiniano III. per un certo tempo avea permesso (17). Tutto al più un possessore di più poderi per ragioni di convenienza potea tramutare i coloni da un podere nell' altro, purchè ciò avvenisse senza separare le loro famiglie (18), le quali anche nella divisione di un fondo non doveano esser separate (19).

(6) L. 1. C. Th. *ne colonus* (5. 11.)

(7) L. 21. C. *de agric.* (11. 47.) L. 2. C. *in quib. caus. col.* (11. 49.); L. 2. C. Th. *ne colonus* (5. 11.) Nov. Valent. III. tit. 31. § 6.

(8) L. 15. L. 23. § 1. C. *de agric.* (11. 47.)

(9) L. un. C. *de colon. Thracens.* (11. 51.) L. un. C. *de col. Illyr.* (11. 52).

(10) L. 23. pr. C. *de agric.* (11. 47.)

(11) L. 1. § 1. C. Th. *eod.* L. un. C. Th. *de fug. col.* (5.9.); L. un. C. *de col. Illyr.* (11. 52.)

(12) L. 1. C. Th. de inquil. (5. 10.); L. 6. L. 23. § 2. C. *de agric.* (11.47); Nov. Valentin. III. tit. 32. pr. § 1.

(13) L. 2. C. Th. *de fug. col.* (5. 9.), L. 12. C. *de agric.* (11. 47.) L. un. C. *de col.* Thrac. (11. 51.) L. un. C. *de col. Illyr.* (11. 52.) L. 2. C. *de fug. col.* (11. 63.)

(14) L. 6. L. 11. C. *de agric.* (11. 47.) L. 3. C. *de fug. col.* (11. 63.); Nov. Valentin. III. tit. 6. n. 1.

(15) L. 11. L. 37. pr. C. *de Episc.* (1. 3.) Confr. con L. 16. L. 20. C. *eod.* Nov. 123. c. 4. 17.; V. § 128. Nota 20-21.

(16) L. 2. L. 7. L. 21. C. *de agric.* (11. 47.); L. 3. C. Th. *de censu sine adscr.* (13. 10.)

(17) Nov. Valentin. III. tit. 31. § 4.; Giustiniano ha tralasciato ciò.

(18) L. 13. § 1. C. *de agric.* (11. 47.)

(19) L. 11. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.)

2.° Ciò che i coloni acquistavano non poteva loro arbitrariamente venir tolto, ed era ereditato da'loro successori (20), ma nondimeno apparteneva in certo modo al proprietario del fondo (21); giacchè i coloni senza il consenso del medesimo non potevano nulla alienarne (22), e questi nella rivendicazione poteva richiedere il suo colono insieme con gli acquisti (23), per la qual ragione questo patrimonio fu anche addimandato *peculium* (24).

3.° I matrimoni de'coloni erano del tutto validi ed efficaci (25), però Giustiniano vietò loro il matrimonio con donne propriamente libere, quando queste non vivessero nel medesimo fondo, e questo divieto da prima fu limitato al solo caso che avvenissero contro la volontà del proprietario (26), ma dipoi divenne assoluto (27).

4.° Al proprietario apparteneva ancora un dritto di punizione, almeno per certi delitti (28).

5.° Ma i coloni non aveano azione contro il proprietario, salvo per un ingiusto aumento della loro prestazione *superexactio*, o quando lo accusavano di qualche reato (29), o quando sostenevano la loro indipendenza (30). Nondimeno ci avea de'coloni, i quali erano distinti dagli altri come *liberi coloni*, perchè erano semplicemente legati al fondo, ma non erano soggetti ad alcun'altra restrizione, ed il loro acquisto apparteneva ad essi medesimi come libero patrimonio (31).

B. Come ha origine e come cessa il colonato.

§ 128. In molte guise si potea venir nello stato di colonato.

(20) L. 54. § 8. C. Th. *de haeret.* (16. 5.) L. un. C. Th. *de bon. cler.* (5. 3.) L. 1. C. Th. *ne col.* (5. 11.); L. 20. C. *de Episc.* (1. 3.)

(21) L. 2. C. *in quib. caus. col.* (11. 49.); L. 18. C. *de agric.* (11. 47.)

(22) L. 1. L. 2. C. Th. *ne col.* (5. 11.); L. 2. C. *in quib. caus. col.* (11. 49.)

(23) L. un. C. Th. *de inquil.* (5. 10.); L. 23. § 2. C. *de agric.* (11. 47.)

(24) V. i passi citati nella nota 20-23.

(25) L. 24. C. *de agric.* (11. 47.); Nov. Valentin. III. tit. 31.

(26) L. 24. C. cit.

(27) Nov. 22. c. 17. Confr. Nov. 162. c. 3.

(28) L. 24. C. cit. L. 52. § 5. L. 54. § 8. C. Th. *de haeret.* (16. 5.)

(29) L. 2. C. *in quib. caus. col.* (11. 49.); L. 2. C. Th. *ne colon.* (5. 11.)

(30) L. 20. L. 22. C. *de agric.* (11. 47.); L. un. C. Th. *utrubi* (4. 23.)

(31) Nov. 162. c 2. L. 23. § 1. C. *de agric.* (11. 47.) L. 1. C. *de praed. tamiacis* (11. 68.); 8. § 128. Nota 8. e 15.

1.° Talvolta i Barbari ammessi nello Stato Romano erano distribuiti come coloni tra i possessori di terre (1).

2.° Non di rado delle persone di bassa condizione per procurarsi un appoggio si assoggettavano volontariamente al colonato (2), ed in ispecialtà i piccoli possessori, per evitare le oppressioni degli esattori delle imposte (3), giacchè allora il proprietario del podere riscuoteva le imposte da' coloni (4). Per verità quest' ammissione nel colonato fu spesso vietata (5); nondimeno Valentiniano III. la permise per le persone povere, quando si maritavano con coloni, ed innanzi alla curia facevano registrare nel protocollo la loro volontà di divenir coloni (6). Quantunque Giustiniano non ritenne ciò, pure anch' egli apprestò un mezzo di stabilire convenzionalmente il colonato, giacchè egli dispose che chi in una scrittura dichiara di esser colono, e conferma questa dichiarazione in giudizio, o la fa inserire nel registro delle imposte, debba ritenersi come colono (7).

3.° Il colonato si stabiliva per prescrizione giusta una disposizione di Anastasio, quando alcuno per 30 anni era vissuto da colono, ma allora apparteneva ai così detti *coloni liberi*, il qual favore si continuava anche ne' suoi discendenti (8).

4.° Finalmente si poteva divenir colono per nascita, e solo questi coloni nati erano quei che si chiamavano *Originarii*. 1) I figli di una colona divenivano sempre coloni, chiunque fosse il padre (9). Ma se erano procreati dal matrimonio con un colono altrui, il padrone del padre avea una parte sui medesimi. Onorio gliene attribuì i due terzi (10), e Giustiniano, che da prima volle che per intero seguissero la ma-

(1) Trebell. Pollio in Claudio c. 9.; L. 3. C. Th. *de bon. mil.* (8. 4.); Gregor. M. Epist. I. 44. IV. 21. IX. 19.

(2) Salvian. de gubernat. Dei V. 7. 8.

(3) Libanii Orat. *de patrocinio* c. 3. 4.

(4) L. 14. L. 26. C. Th. *de annon.* (11. 1.)

(5) Tit. C. Th. de patrocin. vicorum (11. 24.) tit. C. ut nemo ad suum patrocinium suscipiat rusticanos vel vicos eorum (11. 53.)

(6) Nov. Valentin. III. tit. 32. § 5. 6.

(7) L. 22. pr. C. *de agric.* (11. 47.)

(8) L. 19. L. 23. § 1. C. *eod.*

(9) L. un. C. Th. *de inquil.* (5. 10.); L. 16. L. 21. L. 24. C. *de agric.* (11. 47.) L. 4. C. *de agric. et mancip.* (11. 67.) Nov. 156. c. 1. L' eccezione nella L. 1. C. Th. *de his qui cond.* (12. 19.) non era che una semplice disposizione temporanea.

(10) L. un. C. Th. *de inquil.* (5. 10.)

dre (11), gliene attribuì dipoi la metà (12). 2) Oltre a ciò divenivano anche coloni i figli che un colono avea avuti dal matrimonio con una donna libera (13), il che per verità Giustiniano abolì una volta (14), ma poco dopo richiamò in vigore con la modificazione, che questi figli dovessero esser *coloni liberi* (15); e così rimase la cosa, giacchè le posteriori costituzioni non fecero altro che inculcar ripetutamente che anche questi *liberi coloni* erano legati al podere (16). Un'affrancazione dal colonato non avea luogo altramente che quando il padrone dava al colono nel tempo stesso la terra da lui coltivata (17), giacchè la liberazione mediante la prescrizione, la quale prima avveniva quando gli uomini per 30 anni, e le donne per 20 eran vissuti come persone indipendenti (18), fu abolita da Giustiniano (19). Al contrario Giustiniano introdusse una nuova causa di estinzione. Cioè l'ordinazione ecclesiastica di un colono era valida, quando era avvenuta col consenso del padrone, o nella sua patria; or per regola il nesso del colonato non cessava per questo (20), ma se l'ordinato era eletto vescovo, allora la sua dipendenza si estingueva in tutto (21). Probabilmente cessava anche il colonato, quando il padrone presentava un colono come soldato (22).

5) *Servitù per debiti* (*).

§ 129. Una delle materie più difficili è l'antica servitù per debiti presso

(11) L. 3. C. ut nemo ad suum patrocin. (11. 53.)
(12) Nov. 162. c. 3. Nov. 156. c. 1. Non si oppone la Nov. 157.
(13) Nella procreazione illegittima naturalmente non potea prendersi in considerazione lo stato del padre e per conseguenza neppure trattandosi di figliuoli di una schiava procreati con un colono L. 21. D. *de agric.* (11. 47.)
(14) L. 24. C. *eod.* Nov. 54. *prooem* c. 1.
(15) Nov. 162. c. 2.
(16) Justiniani Constit. de Adscriptitiis; Justini II, Constit. de filiis colonorum et liberarum.
(17) L. 23. pr. C. *de agric.* (11. 47)
(18) L. un. C. Th. *de inquil.* (5. 10.) Nov. Valentin. III. tit. 32.
(19) L. 23. pr. C. *de agric.* (11. 47.)
(20) L. 16. L. 20. C. *de episc.* (1. 3.) Nov. 123. c. 17.
(21) Nov. 123. c. 4.
(22) Nov. Valentin III. tit. 6. n. 1. Ciò non è espressamente detto in questo luogo.
(*) *Niebuhr.* St. R. vol. 1. (ediz. 3.) p. 637-645. vol. II. (ediz. 2.) p. 667-673. vol. III. p. 178-181.; *Zimmern* Storia del dritto vol. III. § 44-47.; Savigny sull' antico dritto Romano intorno ai debitori nell' aggiunta dell' Accad. Berl. Jahrg 1833.; *A. C. van. Heusde* Disq. Historico— jurid. de lege Poetelia Papiria. Tr. ad Rhen. 1842. 8.; J. *Bachofen* Il nexum, i nexi e la lex Petilia. Basil. 1843. 8.

i Romani, nella quale poteano cadere i debitori o i loro figliuoli, per la soddisfazione de' creditori. La sua origine ignota rimonta al tempo più antico di Roma. Il divieto della medesima contenuto in una *lex Regia* di Servio Tullio (1) fu insieme con altre leggi di questo Re abolito da Tarquinio il Superbo (2); ma siccome una *lex Valeria* an. di Roma 245 ristabilì le leggi di Servio Tullio (3), così anche questo divieto dovè esser richiamato in vigore (4), ma ciò non fu lungamente osservato; imperocchè tra le oppressioni ed illegalità che i Patrizi si permettevano, vi era principalmente questa, che essi non facevano alcun conto di quel divieto, e quindi la servitù per debiti dopo pochi anni venne nuovamente in uso (5). Ma si vuol distinguere una duplice servitù.

1.° Quella degli *addicti* per la *manus injectio* ed *addictio* (6), la quale secondo le XII. Tavole poteva aver luogo quando il convenuto che avea confessato in giudizio un debito di una somma di danaro, o che era stato condannato, non pagava nel *tempus judicati* (7), e secondo altre leggi posteriori, per certi debiti poteva aver luogo anche senza una precedente azione (8). Il procedimento qui era che il creditore notificando il fondamento del suo dritto con certe determinate parole, prendeva il debitore e lo traeva in giudizio, dove questi gli veniva attribuito dal magistrato, se non pagava incontanente o non dava cauzione *vindices* (9). Anche quando il debitore impugnava il fondamento della *manus injectio* dovea seguire il creditore, e per evitare l'*addictio* dovea dare un *vindex*, il quale sostenesse la sua causa (10), e solo in pochi casi gli era permesso di difendersi da sè stesso *manum depellere et pro lege* agere (11), ma finalmente una legge ignota

(1) Dion. Hal. IV. 9. 11. 13.

(2) Dion. Hal. IV. 43. V. 2.

(3) Dion. Hal V. 2. 20.

(4) Forse a ciò si riferiva una speciale lex Valeria del medesimo anno sopra i debiti, della quale fa menzione Plutarco in Publicola c. 11. senza però dirci altro del suo contenuto, se non che essa avea per iscopo di alleviare la condizione dei cittadini poveri.

(5) Dion. Hal. V. 53. VI. 83.; Liv. II. 21. 23.; Dion. Cassii Excerpta vat. n. 11. 12.

(6) V. sopra § 65.

(7) Caj. IV. § 21.; Gell. XX. 1.; *Savigny* l. c. ammette che la *manus injectio* sia stata anche pei debitori condannati ristretta ai debiti in danaro. Ma la condanna nei tempi antichi accennava sempre ad una somma di danaro; Caj. IV. 48.; e però Gellio l. c. soltanto per la confessione del debito fa speciale menzione del danaro.

(8) Caj. IV. 22-24.

(9) Gell. l. c.; Caj. IV. 21.

(10) Caj. IV. 21.

(11) Caj. IV. 22-24.

elevò questa eccezione a regola per tutt'i casi in cui la *manus injectio* avea avuto luogo senza una precedente azione (12). L' *addictio* allora dipendeva dalla decisione che si rendeva sulla difesa. Ma se l' *addictio* era seguita, allora il creditore potea menare a casa il debitore ed incatenarlo (13), dovea però nutrirlo e per tre mercati consecutivi menarlo nel *Comitium*, ed annunziar pubblicamente l'ammontare del debito. Se il creditore nel termine di 60 giorni non era soddisfatto, allora secondo l'antico dritto ricevuto nelle XII. Tavole, avea la facoltà di ucciderlo, o di venderlo come schiavo agli stranieri, nel che valeva anche il barbaro principio, che in caso che vi fossero più creditori, questi potessero anche dividerlo a brani (14). Intanto i creditori sempre si contentavano della semplice *addictio* (15), e più tardi non si usò più di costringere gli *addicti* al lavoro, come avveniva ne' tempi andati (16), cosicchè il loro stato divenne un semplice stato di arresto per debiti, il quale non produceva alcuna *capitis diminutio*, e cessava con la soddisfazione del creditore (17). Inoltre con l'abolizione delle *legis actiones* caddero le antiche formalità della *manus injectio* (18), e questa fu

(12) Caj. IV. 25.

(13) Presso Gellio l. c. si legge « Vincito aut nervo aut compedibus quindecim pondo ne minore, aut si volet majore » questa disposizione si può spiegare come fatta a fine di atterrire i debitori. Confr. Liv. VI. 36. XXIII. 14.

(14) Gell. l. c.; Quintil. J. O. III. 6.; Tertull. Apolog. c. 4. Una nuova e non equivoca testimonianza di questo rigore fin qui dubbioso si ha ora in Dion. Cassii Excerpta Vat. n. 12.: » Atqui et alia multa adversus debitores per leges Romae licebant, nam si si quis pluribus foenore obnoxius fuisset, jus erat creditoribus corpus debitoris pro rata aeris alieni parte frustatim secandi. Attamen hoc quamquam a legibus diserte concessum, nunquam reapse factitatum fuit » Del resto qui le *Leges* non sono le dodici Tavole ma altre leggi più antiche, imperocchè questo passo si riferisce ad un tempo più antico.

(15) Gell. l. c.; Dio. Cass. l. c.

(16) V. i passi citati nella Nota 4.

(17) Quintil. Inst. Or. VII. 3. V. 10. III. 6.; Caj. III. 189.; Zimmern l. c. p. 127. L'opinione che l'addictus almeno divenisse infame del pari che quegli i cui beni erano venduti da creditori, come Niebuhr e Savigny l. c. sostengono, è in contradizione con Tertull. Apolog. c. 4. L'infamia della quale parlano Liv. VI. 34. e Dion. Hal. VI. 41. 59. può bene applicarsi alla proscriptio bonorum, che amendue riportano ad un tempo molto antico. Liv. II. 24.; Dion. Hal. VI. 24., ed è assolutamente falsa l'opinione di Niebuhr, il quale nella semplice addictio riconosce una capitis diminutio, mentre essa non era che un'introduzione ed avviamento a ciò, imperocchè la capitis diminutio seguiva soltanto allorchè il creditore faceva uso del suo dritto di vendere e per conseguenza non seguì più dopo che la vendita audò fuor d'uso. Bisogna badare di non confondere l' addictio Romana con la servitù degli antichi Germani e popoli del Nord, la quale rendeva il debitore effettivamente schiavo del creditore; Edtrup nel nuovo Mag. Civ. vol. V. p. 187. seg.

(18) Caj IV. 25.

interamente proibita contro il debitore che spontaneamente avesse
duto i suoi beni a'creditori (19); il che probabilmente era già dispo
nella *lex Julia de cessione bonorum* (20). Nondimeno la *manus inje*
ed addictio in quella forma più mite e semplice che abbiam detta,
solo rimase sempre permessa (21) (quantunque l'introduzione di a
mezzi di esecuzione, che generalmente erano più comodi, ne rendes
in seguito più rara l'applicazione) (22), ma noi la troviamo anche
l'ordinamento della procedura Cisalpina (23) contro i debitori che
vean confessato il loro debito, ed anche allorchè il debito non era di
somma di danaro, con la sola limitazione che allora l' *addictio* do
pronunziarsi dal pretore in Roma e non già da' magistrati munici
li (24). Non pertanto pare che sotto gl' imperadori posteriori gli
restati per debiti dovessero esser menati nelle pubbliche prigioni (2

2.° La servitù dei *Nexi*. Quantunque intorno a ciò siasi molto du
tato, pure è una delle cose di fatto più costanti della storia Rom
antica che i debitori per scontare i loro debiti spesso per convenzi
mediante la mancipazione (dal che si chiamarono *Nexi*) entravano
un certo rapporto di servitù coi loro creditori (26), o vi mettevan

(19) L. 1. C. *qui bon. ced. poss.* (7. 71.) Confr. L. 8. C. *eod.*; L. 1. C. Th. *c*
(4. 20.); Nov. 135. c. 1.

(20) V. la mia St. § 57. n. II.

(21) Cic. pro Flacco c. 20.; Quintil. l. c.; Gellius l. c.; Cajus III. 199.; Paul. S
V. 26. § 2.; L. 23. pr. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 34. D. *de re jud.* (42.
L. 9. § 6. D. *ad leg. Jul. pecul.* (48. 13.) L. 1. C. *qui bon. ced. poss.* (7. 71.) N
135. c. 1.

(22) Una pruova di ciò è che nelle fonti del dritto si parla molto più di oppignoraz
e di immissione nei beni del debitore, che di arresto per debiti.

(23) V. la mia St. § 57. n. VII.

(24) Lex. de Gall. Cisalp. cap. 21. 22.

(25) L. 1. C. *de privat. carcer.* (9. 5.). Veramente questo passo non è molto de
vo, perchè forse ha soltanto relazione ad un arresto arbitrario, ed al tempo di Ulpian
Licinio Rufino non era ancora così L. 23. pr. D. *ex quib. caus. maj* (4. 6.) L. 34.
de re jud. (42. 1.)

(26) Varro de L. L. VII. 5. p. 100. 101. ed. Rip. « In Colace nexum Manilius s
bit omne quod per libram et aes geritur in quo sint mancipia. Mutius quae per aes et
bram fiant ut obligentur, praeterquam mancipio dentur. Hoc verius esse ipsum verb
ostendit, de quo querit; nam idem quod obligatur per libram neque suum fit, inde Nex
dicitur. Liber qui suas operas in servitute pro pecunia quam debebat (dat), dum solv
Nexus vocatur ut ab aere Obaeratus. Hoc C. Popilio vocare Sillo (C. Poetelio Visolo)
ctatore sublatum ne fieret et omnes qui bonam copiam jurarent, ne essent nexi dissol
» (Confr. Muller nel Mus. Ren. vol. V. p. 197. seg.); Dion. Hal. VI. 83. (ad A.
261.) » Illis omnibus qui aes alienum contraxerunt, nec sunt solvendo, ut id remitta
aequum esse censemus: 1) et si quorum corpora, elapso jam legitimo ac praestituto pe

figli invece loro (27) e verisimilmente una tal convenzione potevasi fare non solamente dopo, quando il debito era già scaduto, ma anche anticipatamente e condizionalmente pel caso che non seguisse il pagamento (28). La *noxae datio* de' figli che senza dubbio fu permessa fino a Giustiniano consigliò questo espediente per la soddisfazione di un debito, ed è chiaro quale importanza esso poteva avere per amendue le parti. Al debitore che non avea mezzo di pagare dovea importare, perchè egli mediante i servigi convenuti evitava l'*addictio*, soprattutto allorchè questa non era ancora raddolcita da' costumi ed esponeva il debitore alla morte o alla schiavitù, ed importava altresì al creditore, perchè non avendo la facoltà di vendere il debitore, l'*addictio* quando non produceva il pagamento gli tornava di peso, giacchè egli non avea dritto ai servigi dell'*addictus* (29). Che i *Nexi* non divenissero propriamente schiavi si deduce così dallo scopo, come dall' impossibilità

niae persolvendae tempore a creditoribus detinentur, haec quoque libera esse placet; 2) et quot quot in judiciis damnati, privatim addicti sunt creditoribus, qui eos damnandos curarunt, hos quoque liberos esse volumus. « Liv. VII. 19. » nam etsi unciario foenore facto levata usura erat, sorte ipsa obruebantur inopes, nexumque inibant. « Idem VIII. 28. etc. Liv. VIII. 28. « cui cum se C. Publilius ob aes alienum paternum nexum dedisset. « Val. Max. VI. 1. § 9. » Veturius.... cum propter domesticam ruinam et grave aes alienum C. Platio nexum se dare admodum adolescentulus coactus esset. » A ciò si aggiunge che la lex Poetelia non può riferirsi alla *manus injectio ed addictio* che duravano come prima, almeno non mi pajono soddisfacenti i tentativi del *Savigny* e del *Van Heusde* di riferirla ad esse. Dall' altra parte quando anche non si volessero ammettere tutti gli argomenti del Niebuhr, pure rimangono abbastanza ragioni ben fondate. Sotto le espressioni « Nexu vincti solutique » presso Liv. II. 23. si potrebbero bene comprendere gli Addicti, ed i Nexi propriamente detti, imperocchè solo i primi erano incatenati, ma i secondi generalmente non erano o almeno non solevano essere avvinti.

(27) La facoltà di ciò fare derivava dal dritto che il padre avea di alienare i figli per mezzo della mancipazione o col pactum fiduciae o senza. Confr. Liv. II. 24.; Dion. Hal. VI. 29.

(28) Solo nell' ultimo caso può in certa guisa convenire l' espressione usata dai moderni di *oppignorazione di se medesimo*, ma nel primo caso si contiene piuttosto una specie di *datio in solutum*, e le fonti non presentano alcun fondamento di dover intendere soltanto un anticipata oppignorazione della persona, come pare che faccia il Niebuhr, ma piuttosto parlano soltanto di una sussecutiva mancipazione del debitore in luogo di pagamento; V. Nota 26.

(29) Veramente il Savigny è di altra opinione, ma viene espressamente indicato come un abuso quando i creditori richiedevano servigi dagli addicti, Dion. Hal. V. 53. Ciò che leggesi in Livio n. 23. che un addictus giura di non esser tenuto in *servitio*, ma in *ergastulo et carnificina*, pare che non sia altro se non una figura oratoria per indicare che il creditore lo maltrattava. Senza dubbio parecchi debitori amavano meglio di lavorare, che di stare continuamente in catene. e per questo riguardo Quintil. l. c. potè convenevolmente indicare il loro stato come una servitù di fatto.

di darsi volontariamente in ischiavitù (30); nondimeno essi pativano una *capitis diminutio* (31), quantunque non fosse che la *minima*. Essi si potevano assomigliare a quelli che stavano in *mancipio*; ma potevano i prepotenti creditori abusare della loro posizione per trattarli capricciosamente, ed un avvenimento clamoroso di questa fatta diede occasione che un plebiscito proibì per sempre questa specie di servitù (32). Livio pone questa legge nel consolato di L. Petelio Libone Visolo e L. Papirio Mugillano a. di R. 429 (33), e per tal ragione comunemente vien detta *Lex Poetelia Papiria* (34); nondimeno questo plebiscito fu forse alquanto posteriore e si dovè chiamare semplicemente *Lex Poetelia* (35). Del resto se si pone per effetto di questa legge che da quel tempo solo i beni e non anche le persone de' debitori furono obbligati ai creditori (36), ciò è perfettamente esatto per un tempo in cui l'*addictio* da lunga pezza non menava più alla schiavitù, ma come semplice arresto personale per debiti era un mezzo indiretto di coazione per obbligare al pagamento (37), e però con l'abolizione de

(30) V. § 121. Nota 1.

(31) Festo p. *Deminutus* Confr. con Caj. I. § 162.

(32) Cic. de republ. II. 34.; Liv. VIII. 28.; Dion. Hal. Excerpta ed. Reiske p. 2337 seg.; Quintil. declam. III. p. 73. ed. Burm. Veramente il Niebuhr vol. III. p. 180. trov in questa legge una certa mitigazione dell'*addictio*, cioè una proibizione delle catene, m ciò non solo non è comprovato da alcuna testimonianza, ma si oppone anche a ciò ch Gell. XX. I. attesta della maniera come eran trattati gli addicti anche ai suoi tempi. A contrario secondo Varrone l. c. pare che la lex Poetelia non abbia neppure senza alcun condizione liberati i debitori che già si trovavano nel *nexu*, ma soltanto abbia liberati colo ro che giuravano *bonam copiam*, della qual condizione si farà più particolarmente paro nella *cessio bonorum*. Confr. Tab. Heracleens. Sect. VIII.

(33) Liv. l. c.

(34) Intorno all'opinione di coloro che vorrebbero meglio chiamarla *lex Petilia Pap ria*, è da avvertire che a quel tempo s'incontrano molti *Poetelii*, ma al contrario *Petil* non s'incontrano che molto più tardi. *Van, Heusde* § 13. Nota 2.

(35) Imperocchè Dion. Hal. Excerpta l. c.; Varro l. c.; Val. Max. l. c. i quali han no innanzi agli occhi lo stesso caso che Livio, sebbene denominino diversamente il debit re, riportano questa legge al tempo seguente alla sventura Caudina, la quale ebbe luog anno di R. 433. Or se si consideri che il passo certamente alterato di Varrone l. c. po questa legge in relazione con un certo Dittatore, e che C. Poetelius Libo Visolo fu Ditt tore l'anno di R. 441., Liv. IX. 28., ciò è assolutamente favorevole alla congettura d Niebuhr vol. III. p. 178., che Livio erroneamente abbia riportato la legge che ricade ne la dittatura di C. Poetelio al Consolato del medesimo, e che per conseguenza questa leg si debba chiamar semplicemente lex Poetelia; specialmente se si dee ritenere per vero c un manoscritto di Varrone ritrovato in Firenze contiene le parole « C. Poetelio Visolo D ctatore » in luogo delle parole che non han senso « C. Popilio vocare Sillo Dictatore »

(36) Liv. VIII. 28.

(37) Siccome non fu mai esercitato lo stretto rigore delle dodici Tavole (Nota 15.) e

nexum scomparve in tutto la vera servitù per debiti, e quindi la *lex Poetelia* fu un effettivo progresso nella libertà della classe povera (38). In fatti da quel tempo non si trova più menzione che i debitori dovessero servire i loro creditori. Solo per rapporto ai figli sotto la patria potestà si manifestò nuovamente una tendenza di adoperarli a scontare col lavoro i debiti del padre, ma ciò provocò delle replicate inculcazioni che i figli non si dessero in pegno o a servire pei debiti del padre (39).

CAPITOLO IV.

DEL PADRONATO.

I. NOZIONE, ORIGINE ED ESTINZIONE.

§ 130. Con l'affrancazione dalla potestà non vien rotto ogni legame tra il manomesso ed il manomettente, ma questi sotto il nome di protettore *patronus* conserva ancora parecchi dritti importanti, *jura patronatus* rispetto a lui ed al suo patrimonio, con che però vanno annessi parecchi doveri. Or siccome l'affrancazione dalla potestà segue in tre diverse applicazioni, così del pari in tre applicazioni ha luogo il padronato.

1.° Sopra gli schiavi manomessi, *liberti* (1), ai quali per questo riguardo sono assomigliati coloro che per ricompensa (2), o perchè la manomissione non fu a tempo debito eseguita, son divenuti liberi per sè stessi (3). Questo padronato di cui son capaci anche le persone giuridiche (4), le donne (5), e perfino i *filiifamilias* in caso di manomissione di uno schiavo del peculio castrense (6), e che, allorchè più comproprietarii han manomesso uno schiavo, appartiene a tutti in comu-

al tempo della lex Petelia era già durato da 130. a 140. anni, così molto ragionevolmente può riguardarsi come antiquato fin d'allora.

(38) Liv. l. c.

(39) Paul. S. R. V. 1. § 1.; L. 5. D. *quae res. pign.* (20. 3.) L. 12. C. de O. et A. (4. 10.) Nov. 134. c. 7.

(1) Tit. D. *de jure patron.* (37. 14.)

(2) L. 5. D. *qui sine manum.* (40. 8.) L. 4. D. *de bon. lib.* (38. 2.) L. 3. § 4. D. *de suis* (38. 16) L. un. § 5. C. *de Lat. lib. toll.* (7. 6.)

(3) L. 5. D. *de fideic. lib.* (40. 5.) L. 8. § 1. D. *de jure patron.* (37. 14.) L. un. § 7. C. *de Lat. lib. toll.* (7. 6.)

(4) L. un. D. *de lib. universitat.* (38. 3.)

(5) Caj. III. 49.; L. 24. D. *de jure patron.* (37. 14.)

(6) L. 8. pr. D. *de jure patron.* (37. 14.)

ne (7), alla morte del manomettente passa ai suoi figli di primo grado, e così anche i *liberti orcini* possono avere un patrono (8), ed è lo stesso quando il manomettente perde per pena il suo padronato (9). Secondo un *Sctum Vellejanum* renduto sotto Claudio è dato al manomettente di disporre mediante un' *assignatio liberti* che il padronato non appartenga in comune a tutt' i figli ma solamente ad uno o ad alcuni di loro (10), e con una siffatta *assignatio* anche i nipoti possono ottenere i dritti di padronato (11), ma quando son più i manomettenti, questa assegnazione non può estendersi che sulla parte di colui che la fa (12).

2.° Sopra i figliuoli emancipati (13), e secondo il dritto antico anche sulle *uxores in manu* separate per divorzio (14), ma questo padronato, il quale compete soltanto al padre o al marito non passa ai figli (15).

3.° Sopra i figli e le mogli liberate dal *mancipium*; ed in tal caso il patrono per contrapposto al padre emancipante o al marito si addimanda *extraneus manumissor* (16). Veramente non è detto che questo padronato passi ai figli, ma nondimeno non se ne può far dubbio (17). La rinunzia estingue ogni patronato, quantunque per la prima volta ciò fosse introdotto da Giustiniano (18). In più casi esso si estingue anche in pena del patrono (9). Finalmente si può come privilegio concedere la liberazione dal medesimo, il che pei liberti dicesi *natalium restitutio*, ma presuppone sempre il consenso del patrono (20).

(7) Caj. III. 59-62.

(8) Caj. III. 58. seg.; L. 9. pr. D. *de jure patron.* (37. 14.) L. 3. §. 3. D. *de legit. tutor.* (26. 4.) L. 58. § 1. D. de V. S. (50. 16.) L. 23. C. *de lib. causa* (7. 16.)

(9) L. 4. D. *de jure patron.* (37. 14.)

(10) L. 1. D. *de adsign. lib.* (38. 4.) pr. § 1-3. J. *eod.* (3. 8.)

(11) L. 3. § 1. 2. D. *eod.*

(12) L. 2. L. 3. pr. D. *eod.*

(13) Tit. D. *si a parente quis man. sit* (37. 12.)

(14) Qui veramente non abbiamo un' espressa testimonianza; ma nel divorzio per emancipazione (§ 107. Nota 18.) il patronato s' intendeva da se, e che lo stesso si dovesse ammettere nel divorzio per la *remancipatio* e *diffarreatio* (§ 107. Nota 9. e 10.) risulta almeno da ciò che sappiamo di certo che il marito avea tuttavia dei dritti sulla moglie separata per divorzio. Gell. X. 23.

(15) L. 1. § 5. D. *si a par. quis man. sit* (37. 12.) § un. J. *de fiduc. tut.* (1. 19.)

(16) Caj. I. 114. 115.; § 3. J. *de bon. poss.* (3. 9.) Confr. con Caj. I. 172.; Caj. Epit. I. 6. § 3.

(17) V. § 134. Nota 16.

(18) L. 3. C. *de bon. quae lib.* (6. 4.)

(19) L. 5. § 1. L. 6. pr. § 4. L. 9. § 1. L. 10. D. *de jure patron.* (37. 14.) L. 24. D. *de bon. lib.* (38. 2.)

(20) L. 2-5. D. *de natal. rest.* (40. 11.)

II. RAPPORTI GIURIDICI.

§ 131. Gli effetti civili del patronato sono per la più parte stabiliti ad imitazione della parentela.

1.° Infatti appartengono al patrono i seguenti dritti: 1) Per più riguardi egli è trattato come un ascendente, giacchè il manomesso dee prestargli gli alimenti in caso di necessità (1), e gli deve riverenza nel medesimo senso e con gli stessi effetti che il discendente al suo ascendente (2). 2) Siccome i manomessi non possono avere alcun agnato (3), così il patrono prende il loro posto per ciò che riguarda il dritto di successione (4) e la tutela (5). Nondimeno Giustiniano nel padronato sopra i figli emancipati abolì interamente questo dritto speciale di successione (6), e l'*extraneus manumissor* di già per l'editto del pretore non escludeva tutt'i parenti dalla successione (7). 3) Il patrono può a motivo di una grave ingratitudine rivocare la manomissione (8), in quanto la manomissione sia stata fatta spontaneamente (9). Ciò è fondato sopra un rescritto di Claudio (10), al quale Commodo fece l'aggiunta che ove lo schiavo non si emendi debba esser venduto dal Preside a beneficio del padrone (11). Per verità queste costituzioni riguardano solamente i *liberti* propriamente detti, ma Valentiniano II. e Graziano estesero questo dritto della rivocazione anche alla emancipazione (12).

(1) L. 5. § 8. seg. L. 9. D. *de agnosc. et al. lib.* (25. 3.) L. 41. D. *de op. lib.* (38. 1.); Paul. S. R. II. 32.

(2) L. 8. § 1. 2. L. 9-16. L 23-25. D. *de in jus voc.* (2. 4.); Fragm. Vat. § 225. L. 11. D. *de dolo* (4. 3.) L. 8. L. 14. D. *de probat.* (22. 3.) L. 2. seg. D. *de obseq. parent. et patronis praest.* (37. 15.) L. 2. C. *qui advers. quos* (2. 43.)

(3) Imperocchè i liberti in generale non hanno parenti collaterali (§ 90. Nota 4.) e l'emancipazione, il divorzio del matrimonio con la manus, e l'alienazione in mancipium contengono sempre una capitis diminutio minima.

(4) I particolari intorno a ciò appartengono al dritto di eredità.

(5) V. § 134.

(6) L. 7. § 1. C. *ad Sct. Tertul.* (6. 56.)

(7) § 3. J. *de bon. poss.* (3. 9.)

(8) L. 21. pr. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 2. L. 4. C. *de libertis* (6. 7.) L. 23. L. 30. C. *de lib. causa* (7. 6.) a *Laon de manum.* II. 6. § 1-4.

(9) L. 1. C. *de libertis* (6. 7.)

(10) Tac. Ann. XIII. 26. 27.; Sueton. in Claud. c. 25. L. 5. pr. D. *de jure patron.* (37. 14.)

(11) L. 6. § 1. D. *de agnosc. lib.* (25. 3.)

(12) L. un. C. *de ingrat. lib.* (8. 50.); L. un. C. Th. *eod.* (8. 14.). Che ciò dapprima non era così si dimostra dalla L. 12. D. *de his qui sui* (1. 6.)

Nondimeno gli eredi del patrono sono esclusi dal dritto della
ca (13). 4) Un dritto che ha luogo solamente per rispetto ai *libe*
la facoltà data al patrono di esigere certi determinati servigi intr
ta nell'editto pretorio per restringere le pretensioni del medesim
po la manomissione (14); questi servigi consistono parte in atti
sequio *operae officiales*, e parte nel lavoro, *operae fabriles*, per c
guardo gli compete anche un interdetto *de liberto exhibendo* c
colui che impedisce il liberto dal prestare i suoi servigi (16). Q
dritto veramente si può far valere per se stesso (17), ma per m
determinarne l'estensione ovvero per obbligare a prestazioni stra
narie, può anche intervenire una convenzione intorno a questi se
la quale richiede per la sua validità che il liberto li prometta co
ramento, e questo chiamasi *juramentum liberti* (18). La malattia
debolezza dispensano da' servigi pel solo tempo che essa dura (1
due figli e l'età di cinquant'anni dispensano per sempre (20). 5
dritto che riguarda del pari solo i liberti è questo, che una libert
il padrone ha manomessa per sposarla, non può contro la volon
lui sposare un altro, neppure dopo seguito il divorzio (21), e che
secondo la *lex Papia Poppaea* non può domandare contro di lui il d
zio (22). 6) In seguito di un Senatoconsulto sotto Marc-Aurelio e
cio Vero un liberto non può mai ricusare la tutela sopra il patro
i suoi figliuoli, e questo del pari riguarda solo i *liberti* propriam
detti (23).

2.° Dall'altro lato il patrono è obbligato di alimentare il mano
so in caso di bisogno, altrimenti decade dal padronato (24), ed a

(13) Nov. Valentin. III. Tit. 25.
(14) L. 2. L. 37. pr. D. *de operis lib.* (38. 1.)
(15) L. 26. § 12. *de cond. indeb.* (12. 6.) L. 6. L. 7. § 5. L. 9. § 1. L. 2
L. 38. § 1. D. *de op. lib.* (38. 1.)
(16) Caj. IV. 162.
(17) L. 2. § 1. L. 7. § 5. D. *eod.*
(18) L. 44. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 2-5. L. 7. pr. § 1-3. L. 8. L. 1
de op. lib. (38. 1.); Caj. Epit. II. 9. § 3.; *Schulting* ad h. l.
(19) L. 15. L. 17. L. 34. D. *eod.*
(20) L. 35. L. 37. pr. D. *eod.*
(21) L. 45. L. 51. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) L. 11. D. *de divort.* (24. 2.) L.
deinc. nupt. (5. 5.)
(22) L. 11. D. *de divort.* (24. 2.) L. un. § 1. D. *unde vir et uxor* (38. 11.)
(23) Fragm. Vat. § 224.; L. 14. D. *de tut. dat.* (26. 5.)
(24) L. 6. D. *de agnosc. et al. lib.* (25. 3.) L. 5. § 1. D. *de jure patron.* (37
L. 33. § 1. D. *de bon. lib.* (38. 2.)

non può riguardar come furto le sottrazioni che il medesimo facesse (25).

3.° Come si può far quistione sullo stato medesimo di libertà, così del pari si può far controversia se il padronato sia fondato o no, e questa lite vien detta egualmente *liberale judicium*. Nella *vindicatio patronatus* il patrono dee fare la pruova del padronato, nella *vindicatio ingenuitatis* l'attore dee dimostrare la sua indipendenza (26), e queste regole sulla pruova sono applicabili anche quando la lite vien trattata come *praejudicium* (27). Del resto se il patrono abbia fatto la manomissione solo per effetto di un *fideicommissum libertatis*, gli spettano soltanto quei dritti di padronato che riguardano il patrimonio (28).

CAPITOLO V.

DELLA TUTELA E DELLA CURA (*).

I. NOZIONE.

§ 132. In parecchi casi può alcuno avere l'ufficio speciale di incaricarsi degli affari di un altro, perchè questi sia incapace o almeno sia ritenuto come incapace, ed anche di provvedervi convenevolmente cioè d'intraprendere gli affari giuridici e di amministrare il patrimonio di lui. Questo tale rapporto di protezione e di appoggio dicesi difesa, e quegli a cui esso compete chiamasi difensore. Nel dritto Romano s' incontrano relativamente a ciò le espressioni *legitima defensio*, e *legitimus defensor* (1), ma comunemente per due specie principali di cosiffatta difesa vengono adoperate le espressioni di *tutela et curatela* s. *cura* s. *curatio*, congiuntamente a quelle di *tutores et curatores* per coloro che esercitano questo ufficio (2). Ne' tempi più antichi la tutela pres-

(25) L. 91. D. *de furtis* (47. 2.)

(26) L. 14. D. *de probat.* (22. 3) L. 32. L. 39. D. *de lib. causa* (40. 12.)

(27) Caj. IV. 44.; § 13. J. *de act.* (4. 6.) L. 5. § 18. *de agnosc. et al. lib.* (25. 3.)

(28) Fragm. Vat. § 225; L. 24. D. *de excus.* (27. 1.)

(*) J. C. Segeri Hist. jur. Rom. lib. reip. de tutor. et curator. Lips. 1760. (Opusc. vol. I. p. 60. seg.); *Rudorff* Il dritto della tutela. 3. vol. Berl. 1831-33. 8.

(1) L. 2. C. Th. qui petant. (3. 18.) L. 4. C. Th. *de tutor. creand.* (3. 17.) L. 7. C. Th. *de admin. tut.* (3. 19.) L. 7. C. Th. *de sponsal.* (3. 5.); L. un. C. *ubi petant* (5. 32.) L. 11. C. *qui petant* (5. 31.) L. 4. C. *de curat. fur.* (5. 70.) L. 2. C. quando mulier (5. 35.) L. 1. C. *de tutor. et cur illustr.* (5. 33.); Fragm. Vat. § 249.; Claudian. in IV. 10. Consulatu Honorii v. 433.

(2) I nomi Greci sono κηδημονια e κηδεμών; Theoph I. 21. pr.

so i Romani era un affare semplicemente privato, giacchè era tenuta sol tanto come un dritto che aveano certi parenti delle persone bisognose d protezione, dritto cioè o di esercitar essi medesimi la tutela sopra d essi o di nominar loro un tutore, ed in questo lo scopo principale era d dare a questi parenti la possibilità di impedire mediante la loro cura vigilanza che il patrimonio di una persona, della quale aveano l'aspet tativa di essere eredi, non si venisse a perdere per l' incapacità dell medesima (3), e finchè la cosa si guardò a questo modo non ebbe luo go alcuna obbligazione di assumere la tutela, ed il magistrato provve deva anche a questo, che si dessero de'tutori, quando ce n'era mestie ri (4). Ma più tardi prevalse l'opinione che la tutela avesse principalmen te a scopo l' utilità de' pupilli, e che per tal ragione appartenesse all Stato non solo di provvedere per mezzo de'suoi magistrati alla nomin dei tutori, ma anche d' invigilare sulla loro amministrazione, e di con correre alle operazioni in parecchi altri rapporti. Da quel tempo la tu tela fu riguardata come un particolare officio dello Stato *munus publi cum* s. *civile* (5), e l'accettazione della medesima come un dovere gene rale de' cittadini (6). Non pertanto rimasero ancora alcuni avanzi del l'antico sistema (7). Del rimanente di rado si dà luogo alla tutela per l persone che stanno tuttora sotto la potestà di un altro, imperocch questi in generale presta ad essi la necessaria assistenza e difesa. So lo dopo l'introduzione de' peculi anche per costoro talvolta è necessari la tutela.

II. SPECIE.

1) *Tutela*:

A. Scopo ed applicazione.

§ 133. Fra le due principali specie di protezione di un incapace ch il dritto romano distingue, la tutela è il potere di render validi i neg

(3) Caj. I. 192.; L. 1. pr. D. *de legit. tut.* (26. 4.)

(4) Di altra opinione è *Dirksen* Scritti varii. Berlino 1842. 8. n. 1. La destituzione tutori inabili, mediante ordine del Magistrato avea già luogo per le dodici Tavole L. 1. 2. D. *de suspect. tut.* (26. 10.)

(5) Pr. J. de excus. (1. 25.) L. 6. § 15. D. *eod.* (27. 1.) L. 16. pr. L. 18. D. *tutel.* (26. 1.) L. 1. § 4. L. 18. § 1. D. *de muner.* (50. 4.) L. 2. D. de R. J. (50. 1

(6) L. 6. D. *de tutor. dat.* (26. 6.) L. 1. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 6. § 1 D. *de excus.* (27. 1.)

(7) Per esempio la tutela testamentaria e legittima.

zi civili mediante il consenso e l'autorità, *auctoritatis interpositio* (1), e s'incontra in due applicazioni: 1.° pei pupilli di ambo i sessi che sono *sui juris* (2); 2.° e secondo l' antico dritto anche per le donne adulte, ma egualmente quando sono *sui juris* (3). I pupilli da poche eccezioni in fuori non possono intraprendere da sè alcun negozio civile, il perchè, quando hanno un patrimonio e son privi del padre che li rappresenti, han mestieri di un tutore che renda possibili questi atti mediante la sua assistenza ed approvazione (4), e questi medesimi principi valevano anticamente anche per le donne puberi, giacchè queste per rapporto ai negozi civili per tutta la loro vita erano trattate in certo modo come pupille (5). Solo le Vestali ne furono sempre esentate (6). Ma la *lex Julia et Papia Poppaea* liberò anche le donne dalla necessità di avere un tutore (7) mediante il *jus trium liberorum*, ed una *lex Claudia* sotto Claudio ne liberò tutte le donne ingenue, quando la tutela sarebbe spettata ai loro agnati (8), il che veramente non si estendeva agli altri casi (9), ma fu l'occasione che la tutela sopra le donne puberi fu in fine interamente disusata (10). Mentre questa tutela fu in uso, fu avuta in più conto che quella de' pupilli (11), sebbene comprendesse minori diritti; giacchè 1) il tutore di un pupillo dee nel tempo stesso amministrare il patrimonio, ma le donne adulte potevano da sè stesse amministrare i loro beni (12); 2) la validità de' negozi civili in quanto ai pupilli dipendeva interamente dalla estimazione del tutore, ma in quanto alle donne ciò non valeva come regola (13), ed

(1) La definizione di Servio Sulpicio « Tutela est jus (s. vis) et potestas in capite libero » L. 1. pr. D. *de tutelis* (26. 1.) non esprime il proprio carattere della tutela ed ha un significato troppo generale ed indeterminato, anche quando sotto le parole *caput liberum* si voglia intendere un *homo sui juris*, e sotto *potestas* soltanto una protezione legale.

(2) Caj. I. 144. 189. 190. 193.; Ulp. XI. 1.; § 1. J. *de tutel.* (1. 13.)

(3) Caj. l. c.; Ulp. l. c.; Fragm. Vat. § 45.229.; *E Otto de perpet. feminarum tutela* Duisb. 1719. (in Diss. jur. publ. et priv. T. I. p. 193. seg.)

(4) Pr. J. *de auct. tut.* (1. 21.)

(5) Caj. I. 192.; Ulp. XI. 27.; Liv. XXXIV. 2.; Isidori Orig. IX. in fine.

(6) Caj. I. 145.; Plutarc. in Numa c. 10.; Dio Cass. LVI. 10.

(7) Caj I. 145. 194.

(8) Caj. I. 157. 171.; Ulp. XI. 8.; L. 3. C. *de legit. tut.* (5. 30.)

(9) Caj. I. 144. 145. 148-154. 195.; Ulp. l. c.; Fragm. Vat. § 229.

(10) Un abolizione non sembra aver avuto luogo, ma nondimeno nel dritto più recente non si parla più di ciò, ed un luogo di Papiniano L. 13. § 1. D. *de tut. dat.* (26. 8.) presuppone che a quel tempo anche la tutela patronorum era cessata.

(11) Gell. V. 13.

(12) Ulp. XI. 25.; Caj. I. 190. 191. II. 80-85.

(13) V. appresso § 135.

5) anzi le donne potevano senza l'assistenza del loro tutore alien
le loro *res nec mancipi* (14).

B. Conferimento.

§. 134. Può alcuno in diverse guise esser chiamato alla tutela.

1.° Per testamento, *tutela testamentaria* (1) s. *dativa* (2). Il pad
di famiglia che ha de'figli impuberi, ha il dritto di nominar loro un
più tutori (3) nel suo testamento o in un codicillo confermato (4), e
caso che nomini più tutori, può anche stabilire che un solo debba p
tar l'amministrazione, ed allora gli altri tutori sono appellati *honor
rii* (5). Lo stesso dritto avea anticamente anche il padre di famiglia
una donna adulta (6), e del pari il marito di una *uxor in manu* (7)
questi avea di più la facoltà di disporre che la moglie potesse dopo
sua morte scegliersi essa medesima un tutore, il quale allora dicev
tutor optivus, e ciò o per una sola volta, *optio angusta*, o anche
più volte, quando il tutore scelto, per qualsivoglia cagione, venisse
mancare, *optio plena* (8). Una nomina testamentaria oltre questa
abbiam detta, in generale è invalida; non pertanto ci ha alcuni casi
una *tutela testamentaria confirmanda*, la quale diviene valida per
conferma del Pretore (9), cioè quando la nomina non siasi fatta con
debite espressioni, ovvero siasi fatta in un codicillo non confermat
o quando la nomina del tutore provenga dalla madre, dal fratello
padre, dal patrono di un pupillo, o da alcuno che lo abbia istituito
rede, o anche dal padre di un figlio emancipato (10).

2.° Per legge *tutela legitima*. In mancanza di tutori testamentarii

(14) Caj. II. 80.; Ulp XI. 27.; Fragm. Vat. § 45.

(1) Tit. D. *de testamentaria tutela* (26. 2.)

(2) Caj. I. 154.; Ulp. XI. 14.

(3) L. 3. pr. L. 8. pr. L. 10. § 1. D. *de testam. tut.* (26. 2.) L. 1. § 1. D. *de c
firm. tut.* (26. 8.)

(4) Caj. I. 144-149.; Ulp. XI. 14-27.; § 5. J. *qui dari tut. test. poss.* (1.
L. 1-6. D. *de test. tut.* (26. 2.)

(5) L. 26. § 1. D. *eod.* L. 3. § 1-5. D. *de admin. tut.* (26. 7.) L. 14. § 1. D.
solut. (46. 3.)

(6) Caj. I. 144.; Fragm. Vat. §, 229.

(7) Caj I. 148. 149.

(8) Caj. I. 150. 154; Liv. XXXIX. 19.

(9) L. 1. § 1. L. 2. L. 3. L. 7. § 1. D. *de confirm. tut.* (26. 3.)

(10) L. 1. § 1. 2. L. 2. L. 2-5. D. *eod.* L. 4. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 32.
de excus. (27. 1.) L. 4. C. *de test. tut.* (5. 28.)

cune persone sono per legge non pure in obbligo ma in dritto di amministrare la tutela. In quanto ai pupilli ed alle donne divenuti *sui juris*, non per emancipazione, queste persone, secondo il dritto, erano i prossimi agnati maschi, *legitima agnatorum tutela* (11). Quando la *lex Claudia* liberò le donne da questa tutela degli agnati (12), ciò fu inteso anche per le donne impuberi, finchè Costantino ristabilì nuovamente per esse il dritto antico (13). Ma Giustiniano senza far differenza tra Agnati e Cognati chiamò alla tutela i parenti maschi più prossimi e quando vivesse la madre o l'ava del pupillo, diede a costoro la tutela (14). In quanto ai manomessi di ogni specie, la tutela legittima va annessa al padronato; e però la tutela sopra i libertini appartiene al patrono ed a' figliuoli di lui, *legitima patronorum tutela* (15); sopra coloro che sono stati liberati dal *mancipium* spetta all' *extraneus manumissor* ed ai suoi figli, e questa tutela dal *pactum fiduciae*, che ordinariamente serviva di base alla liberazione, appellasi *tutela fiduciaria* (16); e sopra i figli emancipati compete al padre, *legitima parentum tutela* (17), ovvero ai suoi figli, ai quali, quantunque essi non abbiano il padronato sopra i loro fratelli emancipati (18), pure dopo la morte del padre passa la tutela, senza dubbio acciocchè non restino indietro ai figli di un semplice *extraneus manumissor*, e per questo la loro tutela per analogia viene indicata come una *tutela fiduciaria*, ed è trattata secondo i medesimi principi (19). Una particolarità della antica tutela sopra le donne puberi era che i tutori legittimi, ma non già i *tutores fiduciarii* potevano per la *in jure cessio* trasferire ad altri la loro tutela, ed allora colui che subentrava nel luogo del tutore appellavasi *tutor cessicus* s. *cessitius*, e la sua tutela *tutela cessitia* (20).

3.° Per una nomina da parte di un magistrato, *tutoris dàtio*, nel qual caso la tutela si suole ora addimandare *tutela dativa*. In prima si formò la costumanza, e fin dal tempo delle antiche *legis actiones*, che quan-

(11) Caj. I. 155-164.; Ulp. XI. 3-13.; tit. J. *de legit. agnat. tut.* (1. 15.)
(12) V. § 133. Nota 7.
(13) L. 3. C. *de legit. tut.* (5. 30.)
(14) Nov. 118. c. 5.
(15) Caj. I. 165-167. 173-179.; Ulp. XI. 19.; tit. J. *de legit. patron. tut.* (1. 17.)
(16) Ulp. XI. 5.; Caj. I. 114. 115. 166. 172. 195.; *Zimmern* Ricerche sul dritto Romano vol. I. n. 8.
(17) Caj. I. 175.; tit. J. *de legit. parent. tut.* (1. 18.)
(18) V. sopra § 130. Nota 15.
(19) Caj. I. 175.; tit. J. *de fiduciar. tut.* (1. 19.) Confr. Nota 20. e § 135. Nota 18.
(20) Caj. I. 168-172.; Ulp. X. 6-8.

do i pupilli o le donne venivano ad aver lite col loro tutore, il pretor per questa circostanza nominava loro un altro tutore che si chiamò *tutor praetorius* (21). In seguito una *lex Atilia* nel 5.° o 6.° secolo d Roma (22) diè l' incarico al *Praetor Urbanus* congiuntamente ai tribuni della plebe di nominare un tutore a tutti i pupilli e a tutte le donne in Italia, che non avessero un tutore testamentario o legittimo, e il tutore da essi nominato ebbe il nome di *Tutor Atilianus* (23); un altra legge *Julia et Titia* sotto i Triumviri (24) impose questo incarico per le province ai Presidi, e forse anche ai magistrati municipali in Italia (25). La *lex Papia Poppaea* permise in alcune circostanze di aggiungere un altro tutore ad un patrono impubere, al quale la tutela fosse ricaduta (26); la qual cosa i Senatoconsulti estesero a tutti casi in cui un tutore fosse impedito di esercitaré il suo incarico (27). Inoltre un Senatoconsulto attribuì anche a' magistrati la nomina di un nuovo tutore, quando il tutore attuale fosse rimosso, o deponesse il suo ufficio (28). Da ultimo sopra queste diverse disposizioni si fondò il principio generale che ogni qualvolta il tutore attuale venisse a mancare, o non potesse amministrare, il magistrato dovesse nominare i tutore, e non si dovesse mai far luogo alla tutela legittima per supplemento (29), eccetto quando un tutore testamentario morisse (30). I

(21) Caj. I. 184.; Ulp. XI. 24.; § 3. J. *de auct. tut.* (1. 21.)

(22) Confr. la mia St. § 53., e *Dirksen* Scritti varii p. 29. Il Dirksen riporta questa legge al Consolato di Atilio Regolo Anno di R. 487.; ma la speciale considerazione dei Tribuni che si trova in questa legge, dimostra essere un plebiscito.

(23) Caj. I. 185-187. 195.; Ulp. XI. 18.; pr. § 1-3. J. de Atil. tut. (1. 20.); Liv. XXXIX. 19.

(24) V. la mia St. § 57. Confr. Theoph I. 20. pr. e *Dirksen* op. cit.; *Rudorff* op. cit. § 48.

(25) Caj. I. 185. 195.; Ulp. XI. 18.; pr. J. de Atil. tut. (1. 20.) Gli Editti Provinciali particolari poterono introdurre già prima nelle Provincie la nomina delle tutele per analogia della lex Atilia. Ciò si raccoglie da Diod. Siculus Excerpta Peiresc. ed. Valesius p. 397.

(26) Caj. I. 177.; Ulp. XI. 20.

(27) Caj. I. 173-181.; Ulp. XI. 20-22.; L. 12. L. 17. D. *de tutel.* (26. 1.) L. 9. L. 10. D. *de tut. dat.* (26. 5.

(28) Caj. I. 182.; Ulp. XI. 23.; L. 39. § 8. L. 46. § 6. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 3. § 10. D. *de suspect. tut.* (26. 10.) L. 10. C. *qui dare tut. poss.* (5. 34.) L. 4. C. *in quib. caus. tut.* (5. 36.)

(29) Caj. I. 186. 187.; § 1. 2. J. de Atil. tut. (1. 20.) L. 11. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 1. § 2. L. 3. § 8. D. *de legit. tutor.* (26. 4.) L. 2. D. *de tutor. dat.* (26. 5.) L. 10. § 7. D. *de excus.* (27. 1.)

(30) L. 11. § 3. 4. D. *de test. tut.* (26. 2.)

magistrato può nominare anche più tutori (31), ed in ispezialtà quando i beni del pupillo sono siti in più province, può nominarne uno per ciascuna provincia (32), può anche nominare un *tutor notitiae causae* come consulente esperto aggiunto a colui che dee propriamente amministrare (33); ma ordinariamente ne vien nominato un solo, e se se ne aggiunge un altro, vi debb' essere una positiva necessità, giacchè è regola che chi ha un tutore non può averne un altro, *tutorem habenti tutor non datur* (34, e di più questo tutore aggiunto dee cessare subito che l'altro è in istato di provvedere da se al suo ufficio (35).

C. Influenza sopra i negozi civili.

§ 135. La conferma de' negozi civili del pupillo o della pupilla per mezzo del tutore avviene per la presenza di costui nell'affare e per l'approvazione immediata e senza condizione (1). In questa guisa possono validamente farsi tutti gli atti, eccetto gli affari in cui è interessato il tutore medesimo (2), ed alcuni altri i quali sono al tutto vietati all'impubere, come i testamenti (3). Nondimeno è necessario che il pupillo sia al di sopra dell' infanzia, e non demente (4). In caso che vi sieno più tutori, secondo il dritto antico si distingueva se questi erano testamentari o no; i primi potevano separatamente e ciascuno da se approvare un atto (5), purchè l'amministrazione non fosse affidata ad un solo, e l'affare cadesse precisamente nell'amministrazione del patrimonio,

(31) L. 23. D. *de tut. dat.* (26. 5.) L. 1. C. *de tut. illustr.* (5. 33.)
(32) L. 15. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 27. pr. D. *de tut. dat.* (26. 5.) L. 39. § 8. D. *de adm. tut.* (26. 7) L. 21. § 2. D. *de excus.* (27. 1.) L. 2. C. *de peric. tut.* (5. 38.); Fragm. Vat. § 147.
(33) L. 14. § 1. 6. D. *de solut.* (46. 3.) L. 1. C. *de peric. tut.* (5. 38.)
(34) L. 10. L. 15. D. *de tut. dat.* (26. 5.) L. 9. C. *qui dare tut. vel cur. poss.* (5.34.)
(35) Caj. I. 186. 187. § 1. 2. J. de Atil. tut. (1. 20.) L. 9. pr. § 1-3. D. *de tutelae act.* (27. 3.)
(1) L. 1. § 1. L. 2. L. 3. L. 3. L. 8. L. 9. § 5. L. 14. L. 17. L. 20. D. *de auct. tut.* (26. 8.) L. 25. § 4. D. *de adq. her.* (29. 2.) § 2. J. *de auct. tut.* (1. 8.) Non nuoce che qui il tutore prenda anche la parola pel pupillo, e che questi per consequenza non agisca che solo per apparenza L. 6. D. *de tutelis* (26. 1.) L. 13. D. *de auct. tut.* (26. 8.)
(2. L. 1. pr. L. 7. L. 12. L. 22. D. *eod.* § 3. J. *eod.*
(3) L. 12. § 2. 3. D. *de admin. tut.* (26. 7.) L. 1. § 1. 2. D. *de tut. act.* (27. 3.) § 1. J. quib non est perm. fac. test. (2. 12.)
(4) § 8-10. J. de inut. stip. (3. 19.) L. 2. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.)
(5) Ulp. XI. 26.

nel qual caso l' approvazione spettava solo al tutore che amministrava (6); gli altri al contrario doveano dare l'approvazione tutti in comune (7), eccetto il caso dell' adizione di un' eredità (8). Ma Giustiniano senza far distinzione dichiarò in generale esser sufficiente l'*auctoritas* di un solo tutore, eccetto il caso dell'arrogazione del pupillo; solamente quando ha avuto luogo una divisione degli affari, il dritto di confermare appartiene soltanto a colui nella cui sfera di affari il negozio ricade (9). Dipende interamente dalla estimazione del tutore il farsi *auctor* o interporre la sua autorità in un affare (10), e la violenza rende nulla la sua partecipazione all'atto (11), quantunque egli divenga risponsabile per aver capricciosamente ricusato l'approvazione di affari vantaggiosi (12). Altrimente stava la cosa per l'antica tutela sulle donne, per le quali il tutore era piuttosto il loro consigliere, e non poteva negare la sua *auctoritas* (13). Soltanto gli Agnati, ed i patroni come tutori legittimi non potevano senza un urgente motivo esser costretti a dare la loro approvazione, quando la donna sotto tutela volesse o consentire ad una *in manum conventio* (14), o fare un testamento (15), o alienare *res mancipi* (16), o contrar debiti (17); questo però non avea applicazione in quanto ai *tutores fiduciarii*, e per rispetto ai testamenti anche in quanto ai patroni fu immutato per un senatoconsulto sotto Adriano (18).

2) *Cura* (*).

A. Nozione ed applicazione.

§ 136. Per opposizione alla tutela la cura è un potere di protezione

(6) L. 4. D. *de auct. tut.* (26. 8.)
(7) Ulp. l. c.
(8) L. 49. D. *de adq. her.* (29. 2.)
(9) L. 5. C. *de auct. praest.* (5. 59.)
(10) L. 27. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 17. D. *de auct. tut.* (26. 8.)
(11) L. 1. § 1. D. *eod.*
(12) L. 10. D. *eod.*
(13) Caj. I. 190. II. 122.; Ulp. XI. 1.; Cic. pro Murena c. 12.
(14) Cic. pro Flacco c. 34.
(15) Caj. I. 192. II. 112. 118. 122. III. 43.; Ulp. XX. 15.; XXIX. 3.; Boethius ad Top. Cic. lib. II. ad c. 4.
(16) Caj. I. 192. II. 47. 80. 81. 85.; Ulp. XI. 27.; Cic. Top. c. 11.
(17) Caj. I. 192. III. 91. 108.; Ulp. l. c.; Cic. pro Caecina c. 25. pro Flacco c. 65
(18) Caj. I. 114. 115. Siccome la legitima agnatorum tutela al tempo di Adriano non era più in uso (§ 133. Nota 7.), così qui non si può intendere che della legitima patronorum tutela.
(*) *J. G. Segeri* Brevis curarum historia. Lips 1763. 4. (Opusc. T. I. p. III. seq.

conferito per l'amministrazione di un patrimonio altrui, o per provvedere ad alcuni particolari negozi ed affari, giacchè i curatori possono darsi anche per alcune cose soltanto, il che non avviene mai pe' tutori (1). In conformità di ciò vi son due specie di cura.

1.° La cura per l'amministrazione di un patrimonio, per rispetto alla quale si possono anche distinguere tre classi.

1) *Curae personarum* allorchè ad una persona si assegna un curatore non solo per amministrare il suo patrimonio, ma ancora per soccorrerla sotto più riguardi. Siffatta cura s' incontra nelle seguenti applicazioni: A. *Cura furiosi.* Fin da' tempi antichissimi di Roma i dementi stavano per consuetudine sotto la protezione e vigilanza degli agnati o de' Gentili, i quali doveano amministrare il loro patrimonio, ed aver cura delle loro persone (2), questi però erano nominati curatori e non già tutori, probabilmente perchè quì non si poteva trattare di una *auctoritatis interpositio*, ma la cura per la persona formava il principale incarico, dal che si svolse in prima la distinzione di una duplice potestà protettrice. Le XII Tavole ammisero questo dritto consuetudinario (3), ma il principio che i magistrati, i quali sopraintendevano alle tutele, dovessero in caso di bisogno nominare anche i curatori pei dementi (4), fu per certo di origine posteriore. Finchè il demente sta sotto la patria potestà, non si fa luogo a questa cura (5), e lo stesso è se egli ha un tutore (6). Nondimeno l'antica tutela delle donne la quale non comprendeva alcun dritto di amministrazione (7), potrebbe a questo riguardo fare un'eccezione (8); e però la cura sopra le donne dementi si trova già menzionata in un tempo in cui quella tutela non era generalmente cessata (9). B. *Cura prodigi.* Del pari che i de-

Meyer Sulla differenza tra la tutela e la cura. Frankf. 1803. 8.; *Lohr* nel Mag. per la legislazione e giurisprudenza vol. 3. n. 1.; *Rudorff* op. cit. § 9. seg.

(1) L. 12-14. D. *de test. tut.* (26. 2.) § 4. J. *qui test. tut. dari poss.* (1. 14.)

(2) L. 1. pr. L. 7. pr. D. *de cur. fur.* (27. 10.); Caj. II. 64.; Cic. *de Invent.* II. 50. ad Herenn. I. 13. Tuscul. quaest. III. 5. *de republ.* III. 33.

(3) Ulp. XII. 2.; Varro *de re rust.* I. 2.; § 3. J. *de curat.* (1. 23.) L. 3. pr. D. *de tut.* (26. 1.) L. 13. D. *de cur. fur.* (27. 10.)

(4) L. 1. pr. L. 2. D. *eod.* L. 19. § 1-22. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.) L. 1. § 11. L. 2. D. *de postul.* (3. 1.) § 4. J. *de curator.* (1. 23.); Horat. Epist. I. v. 100. seg.

(5) L. 7. pr. C. *de cur. fur.* (5. 70.)

(6) L. 3. pr. D. *de tutelis* (26. 1.) L. 1. C. *de cur. fur.* (5. 70.) § 3. J. *de curat.* (1. 23.)

(7) V. sopra § 133. Nota 11.

(8) *Rudorff* op. cit. vol. 1. p. 127. seg.

(9) L. 1. § 10. L. 2. D. *de postul.* (3. 1.) L. 8. § 3. D. *de tut. dat.* (26. 5.) L.

menti coloro che eran dichiarati prodighi aveano un curatore, il che è parimente fondato sopra un'antica consuetudine ricevuta nelle XII Tavole (10). In origine anche a questa cura erano chiamati soltanto gli agnati ed i gentili; ma secondo i principi più recenti anche quì il curatore viene in supplemento nominato dal magistrato (11). C. *Cura debilium*. Secondo una estensione posteriore della *Cura furiosi* può darsi un curatore per l'amministrazione del patrimonio anche a coloro che per una malattia o infermità non sono in istato di poter sufficientemente provvedere da sè ai loro affari, ma per questa specie di cura non si parla di alcun dritto di agnati o di gentili (12). D. *Cura minorum*. Di già la *lex Plaetoria* avea ordinata una cura pe' minori da conferirsi dal pretore (13), la quale per verità mirava anche all'amministrazione del patrimonio (14), ma avea luogo in alcune determinate circostanze che non si conoscono con precisione (15). La disposizione dell'Imperadore Claudio, che nell'arrogazione de' minori si dovesse richiedere il consenso del suo curatore (16), forse non immutò nulla in ciò, ma dispose solo pel caso che di già per altra ragione fosse stato nominato un curatore, e quale Imperadore avesse per le provincie attribuito ai Presìdi il conferimento della cura non è risaputo (17). Ma Marc-Aurelio comandò che tutt'iminori senza aver riguardo a particolari motivi dovessero ottenere i curatori (18). Il che alcuni Imperadori intesero nel senso

15. § 1. D. *de cur. fur.* (27. 3.) L. 35. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 4. C. *de cur. fur.*. (5. 70.)

(10) L. 1. pr. D. *de cur. fur.* (27. 10.); Paul. III. 4. A. § 7.; Cic. de Senect. c. 7.

(11) Ulp. XII. 2. 3.; L. 1. pr. L. 13. D. *de cur. fur.* (27. 10.) § 3. J. *de curat.* (1. 23.)

(12) § 4. J. *eod.* L. 3. § 3. 4. D. *de postul.* (3. 1.) L. 8. § 3. L. 12. D. *de tut. dat.* (26. 5.) L. 2. D. *de cur. fur.* (27. 10.) L. 65. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 14. § 7. D. *de solut.* (46. 3.) L. 19. § 1. L. 20. L. 21. D. *de bon. auc. jud. poss.* (42. 5.)

(13) Capitolinus in Marco c. 10.; Ulp. XII. 4.

(14) Dio Cass. LII. 20. Veramente si va troppo oltre quando in questo luogo si pone in bocca a Mecenate, che il minore di età debba sempre avere un curatore per l'amministrazione del suo patrimonio, come si soleva nel secolo di Dione Cassio L. 3. pr. D. *de minor.* (4. 4.); ma anche presso Cajo I. 197. e Caj. Epit. I. 8. si vede già la cura minorum come una cura diretta all'amministrazione del patrimonio. Sulle altre idee Confr. Rudorff. op. cit. § 13. ; Savigny Giorn. per la cognizione storica del dritto vol. X. n. 3.

(15) Capitolinus l. c.; Caj. I. 198.

(16) L. 8. D. *de adopt.* (1. 7.)

(17) Caj. I. 198.; Rudorff. § 14. Nota 11. attribuisce ciò a Marco Aurelio, ma Cajo difficilmente sopravvisse al Regno di lui.

(18) Capitolinus l. c.

che i minori dovessero assolutamente avere un curatore (19); ma il senso pare che sia stato soltanto questo, che essi sempre potessero, quando il desiderassero, ottenere un curatore, e tale fu anche in fine il dritto in voga (20). Pertanto il tutore dell' impubere al finire della tutela dovea ammonire il minore a chiedere un curatore (21); ed anche i parenti e gli affini di un demente minore hanno la facoltà di domandarlo (22), e quando un *filius familias* minore acquista un così detto *peculium adventitium extraordinarium*, si deve sempre, secondo una prescrizione di Giustiniano, destinare un curatore per l'amministrazione (23). Oltre a ciò vi sono per verità anche alcuni casi, in cui un minore non può agire senza il consiglio e l'assistenza di un curatore (24), ma in questi casi il curatore debb' esser nominato solamente pei singoli affari (25), cosicchè per gli altri affari il minore rimane nella stessa posizione che se non avesse alcun curatore, e però egli ha la libera disposizione sul suo patrimonio, con la sola limitazione, che egli in seguito di un Senatoconsulto sotto Settimio Severo, non può alienare alcun immobile (26), mentre la destinazione di un curatore per l'amministrazione del patrimonio toglie al minore ogni disposizione sul suo patrimonio (27), ma ciò non ha alcuna applicazione per gli altri atti giuridici (28). Del resto finchè fu in vigore la tutela perpetua sulle donne, vi avea per le donne minori una doppia potestà; imperocchè siccome il *tutor mulieris* non avea l'amministrazione del patrimonio, così per esse unitamente al *tutor* poteva destinarsi anche un *curator minoris* (29).

2) *Cura bonorum* per l'amministrazione di un patrimonio di cui o

(19) L. 3. pr. D. *de minor.* (4. 4.)

(20) L. 13. § 2. D. *de tut. dat.* (26. 5.) L. 2. § 4. 5. D. *qui pet. tut.* (26. 6.) L. 6. C. *eod.* (5. 31.) pr. § 2. J. *de curat.* (1. 23.) Confr. anche L. 43. § 3. D. *de procur.* (3. 3.) L. 36. § 1. D. *de excus.* (27. 3.) L. 2. § 29. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.)

(21) L. 5. § 5. L. 23. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 7. C. *qui pet.* (5. 31.)

(22) L. 27. pr. D. *de minor.* (4. 4.) L. 28. § 1. 2. C. *de admin. tut.* (5. 37.)

(23) L. 8. § 1. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) Nov. 117. c. 1.

(24) V. appresso Nota 53-56.

(25) § 2. J. *de curat.* (1. 23.)

(26) L. 3. C. quando decreto (5. 72.) L. 15. C. *de praed. et al. reb. min.* (5. 71. L. 3. C. *de his qui ven. aetat.* (2. 45.) Confr. con L. 1. D. *de reb. eor. qui sub tut.* (27. 9.)

(27) L. 3. C. *de in integr. rest. min.* (2. 22.)

(28) L. 43. D. de O. et A. (44. 7.) L. 101. L. 141. § 2. D. de V. O. (45. 1.) L. 20. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) L. 8. C. *de nupt.* (5. 4.)

(29) Fragm. Vat. § 110. Confr. anche L. 13. § 1. L. 26. D. *de tutelis* (26. 1.) L. 60. § 1. D. *de ritu nupt.* (23. 2.) L. 8. C. *de interd. matr.* (5. 6.)

manca o è ignoto il padrone (30). La più antica cura che qui si riferisce è verisimilmente: A. la *cura absentis* per l'amministrazione del patrimonio di quei che erano fatti prigionieri dal nemico (31), o di altri assenti (32), della quale ben presto si dovè sentire il bisogno a cagione delle frequenti guerre de' Romani (33). Anticamente qui si riferivano tre Cure introdotte nell'editto Pretorio: B. la *cura ventris* per l'amministrazione dell'eredità deferita ad un fanciullo che è tuttora nel seno materno (34); C. la *cura ex Carboniano edicto* per amministrare l'eredità deferita ad un impubere fino alla sua pubertà, quando gli si muove quistione sul suo stato di figlio del defunto, della cui eredità si tratta (35); e D. la *cura bonorum* s. str. per l'amministrazione della massa sulla quale si fa un concorso di creditori. Quest'ultima per verità era ordinata dall'editto solamente per modo di eccezione; imperocchè generalmente l'editto permetteva ai creditori di poter per mezzo di un *magister bonorum* scelto tra loro (36), procedere alla vendita della massa e provvedere fino a questo momento alla conservazione del patrimonio (37). Solo quando la vendita, la quale ordinariamente solea seguire con molta celerità, non potesse effettuarsi subito, doveasi dare l'amministrazione ad un curatore (38). Un Senatoconsulto di data ignota prescrisse che nel concorso di persone ragguardevoli si dovesse sempre nominare un curatore, il quale avesse anche cura di effettuare la vendita (39), e che negli altri casi i creditori potessero chie-

(30) L. 48. D. *de adm. tut.* (26, 7.) L. 1. § 4. D. *de muner.* (50. 4.)

(31) L. 15. pr. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 6. § 4. D. *de tutel.* (26. 1.) L. 2. § 30. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.) L. 6. § 2. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.) L. 1. § 4. D. *de muner.* (50. 4.) L. 3. L. 4. C. *de postlim. revers.* (8. 51.)

(32) L. 22. § 1. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(33) Nondimeno sarebbe possibile che prima della lex Cornelia testamentaria (La mia St. § 56.) il patrimonio del prigioniero passasse incontanente agli eredi. L. 12. § 1. L. 22. D. *de captiv.* (49. 15.)

(34) L. 8. D. *de cur. fur.* (27. 10.) L. 1. pr. § 17-26. L. 5. D. *de ventre in poss. mitt.* (37. 9.) L. 1. § 4. D. *de muner.* (50. 4.)

(35) L. 3. § 1. L. 5. § 1. 2. 5. D. *de Carbon. ed.* (37. 10.) L. 1. § 4. de muner. (50. 4.) Confr. Rudorff. § 11.

(36) Caj. III. 79.; Cic. ad Att. I. 1. VI. 1. pro Quintio c. 15.; Quintil. Inst. Or. VI. 3. § 51.

(37) L. 3. § 23. L. 10. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 8. L. 9. L. 15. pr. D *bon. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(38) L. 23. § 2-4. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 6. § 2. L. 8. L. 9. pr. D. *quib ex caus. in poss. eat.* (24. 2.) L. 9, § 5. D. *de bon. auct. jud. poss.* (42 5.) L. 1 § 1. L. 2. D. *de cur. bon. dando* (42. 7.)

(39) L. 5. D. *de cur. fur.* (27. 10.)

dere un curatore per lo stesso scopo (40), e potessero anche sceglierlo essi medesimi (41). E. La *cura hereditatis jacentis* si vuol riguardare come la più recente di tutte. Siccome prima di Adriano una eredità non ancora adita, come bene senza padrone, stava esposta all'occupazione (42), così per la massa ereditaria non si conosceva altra cura che quella *bonorum* s. str. quando i creditori aveano ottenuto l'apertura del concorso, il che potea avvenire anche provvisoriamente in quanto l'eredità rimanesse per lungo tempo incerta (43). Con l'abolizione di quel dritto di occupazione fatta da Adriano (44) sorse la necessità di provvedere all'amministrazione della massa ereditaria, e però dopo quel tempo s'incontra anche una cura destinata semplicemente a questo fine (45).

3) *Casi misti.* Ogni volta che un tutore o curatore non può portare l'amministrazione del patrimonio che gli è affidata, sia in tutto, sia in parte, gli si dee aggiungere un curatore (46), quando il bisogno dell'*auctoritatis interpositio* non renda necessario pe' pupilli la destinazione di un tutore (47), e per tal modo anche i pupilli possono avere un curatore (48).

2.° La cura per provvedere a singoli negozi ed affari, *Cura ad singulam rem vel causam* in ispezialtà per condurre una lite, *cura ad litem*. A. La principale applicazione (49) di questa cura è quando colui che per incapacità sta sotto la protezione di un altro (50) ha da intraprendere

(40) L. 9. D. *eod.* L. 4. D. *de cur. bon. dando* (42. 7.) L. 9. § 3. 5. L. 14. pr. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 7. § 10. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.)

(41) L. 2. L. 5. D. *de cur. bon. dando* (42. 7.) L. 9. D. *rat. rem. hab.* (46. 8.)

(42) Caj. II. 52-56.

(43) V. i passi citati nella Nota 37.

(44) Caj. II. 57.

(45) L. 3. D. *de cur. fur.* (27. 10.) L. 1. § 4. D. *de muner.* (50. 4.); di altra opinione è Rudorff § 10.; ma egli non ha preso in considerazione i testi indicati.

(46) § 5. 6. J. de curat. (1. 23.) L. 13. D. *de tutel.* (26. 1.) L. 11. L. 15. L. 16. D. *de tutor. dat.* (26. 5.) L. 9. § 9. L. 32. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 10. § 8. D. *de excus.* (27. 1.) L. 10. C. *qui dare tut. poss.* (5. 34.) L. 2. L. 3. L. 5. C. *in quib. caus. tut.* (5. 36.) L. 11. C. *de excus.* (5. 62.)

(47) L. 19. D. *de auct. tut.* (26. 8.) L. 12. L. 17. D. *de tut.* (26. 1.) L. 2. L. 4. C. *in quib. caus. tut. hab.* (5. 36.) L. 4. L. 5. D. *de in lit. dando tut.* (5. 44.)

(48) L. 33. pr. L. 48. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(49) L. 1. pr. L. 7. pr. § 2. L. 22. D. *de auct. tut.* (26. 8.) Confr. con L. 3. § 2. D. *de tutelis* (26. 1.)

(50) § 3. J. *de curat.* (1. 21.) L. 3. § 2-4. L. 4. pr. L. 5. D. *de tutelis* (26. 1.) L. 1. L. 2. L. 5. C. *de in lit. dando tut. vel. cur.* (5. 44.)

un affare giuridico, o da fare una lite col suo stesso protettore, ma in quanto ai pupilli si può dare anche un secondo tutore, l' antico *tutor praetorius* (51); ovvero quando egli è debitore o creditore del medesimo (52). B. Parecchie altre speciali applicazioni occorrono anche pei minori. Se essi non hanno un *curator minoris* debbono domandare un curatore speciale come consulente quando imprendono una lite (53), o vogliono farsi arrogare (54), ed in un pajo di casi anche altre persone possono domandarlo per essi e loro malgrado. Il tutore che esce dalla tutela ha questa facoltà quando ciò è necessario per rendere il conto (55), e lo stesso è per colui che vuol intentare un giudizio contro un minore, o che deve fargli un pagamento (56).

B. Conferimento della cura.

§ 137. Per rispetto al modo come è conferita distinguesi la cura in *legitima* ed *honoraria*, secondochè il curatore è chiamato dalla legge, o nominato dal magistrato (1). Intanto la *cura legitima* ha luogo soltanto pe' furiosi e pei prodighi (2), e relativamente ad essa, secondo la disposizione di Giustiniano, i parenti in generale debbono subentrare in luogo degli agnati (3). Per conseguenza la *cura honoraria* forma la regola, ed in essa il magistrato ha generalmente la libera scelta. Solo a *Curator bonorum* dee destinarsi colui che dalla maggioranza de' creditori è prescelto (4), ed a *Curator personae* colui che è stato indicato

(51) L. 4. L. 5. C. *de in lit. dando tut.* (5. 44.); Ulp. XI. 24.; Caj. I. 184. È maraviglioso come il § 3. J. *de auct. tut.* (1. 21.) possa dire il contrario.

(52) Nov. 72. c. 2.

(53) § 2. J. de curat. (1. 23.) L. 1. § 3. 4. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 2. C. *qui legit. pers.* (3. 6.) L. 12. C. *de adm. tut.* (5. 37.); L. 1. C. Th. *de tut. creand.* (3. 17.)

(54) L. 5. C. *de auct. praest.* (5. 59.) Confr. L. 8. D. *de adopt.* (1. 7.)

(55) L. 7. C. *qui petant. tut.* (5. 31.)

(56) L. 7. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) L. 3. C. *qui legit. pers.* (3. 6.) L. 1. C. *qui petant. tut.* (5. 31.) L. 11. C. *qui dare tut. poss.* (5. 34.)

(1) Ulp. XII. 1. Manifestamente la denominazione Curator honorarius è affine col jus honorarium, mentre i Tutores honorarii hanno questo nome sol perchè sono stati nominati a cagion di onore.

(2) V. § 136. Nota 2. e 11.

(3) Nov. 118. c. 5. Questo luogo per verità preso strettamente parla solamente di tutori, anche nel testo Greco.

(4) L. 2. pr. L. 5. D. *de cur. bon. dando* (42. 7.) L. 8. § ult. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.)

nel testamento dal padre dell'incapace, quando ciò sia possibile (5). Non pertanto Giustiniano ha per due casi introdotto anche una *Cura testamentaria*, giacchè il padre di un demente può nel suo testamento nominare il *curator furiosi* (6), e colui che fa un legato ad un *filius familias* minore può per questo nominargli parimente un curatore (7).

III. PRINCIPI COMUNI SULLA TUTELA E SULLA CURA.

1) *Dell'autorità che presiede alle tutele.*

A. Soggetto della medesima.

§ 138. Siccome l'invigilamento sulle tutele come cosa sconosciuta all'antico dritto romano non apparteneva alle originarie attribuzioni di verun impiego, così si formò il principio che dovesse appartenere solo a quelle autorità, alle quali fosse specialmente imposto o dalla legge o dalla consuetudine (1).

1.° In Roma dove la prima traccia di una funzione di vigilanza sui tutori si potrebbe scorgere nella destituzione de' tutori inabili, poterono le XII. Tavole in cui questa fu introdotta (2) darne l'incarico ai magistrati ai quali spettava l'amministrazione della giustizia, e quindi anche la destinazione del *tutor praetorius* dalla consuetudine introdotto da essi soltanto si faceva (3). Ma quando la *lex Atilia* diè l'incarico al Pretore di nominar tutori a tutti gl'impuberi ed alle donne, richiese che si consultassero i Tribuni della plebe (4). Nondimeno non si trova che i Tribuni prendessero anche parte negli altri affari riguardanti quest'ufficio di vigilanza, e di più pare che la nomina de' curatori si facesse senza loro partecipazione (5). L'imperadore Claudio conferì anche ai Consoli il dritto di nominar tutori (6) del pari che di confermarli

(5) § 1. J. *de cur.* (1. 23.) L. 1. § 3. D. *de confirm. tut.* (26. 3.) L. 16. D. *de cur. fur.* (27. 10.)
(6) L. 7. § 5. C. *de cur. fur.* (5. 70.) L. 27. C. *de episc. aud.* (1. 4.)
(7) Nov. 117. c. 1.
(1) L. 6. § 2. D. *de tutelis* (26. 1.)
(2) Pr. J. *de susp. tut.* (1. 26.) L. 1. § 2. D. *eod.* (26. 18.)
(3) Caj. I. 184.; Ulp. XI. 24.
(4) Caj. I. 185.; Ulp. XI. 18.; pr. J. de Atil. tut. (1. 20.); Liv. XXXIX. 9.
(5) Ulp. XII. 1. 3.
(6) Sueton. in Claud. c. 23.; Caj. I. 200.; Plin. Epist. IX. 13.; Fragm. Vat. § 203.; § 3. J. *de Atil. tut.* (1. 20.)

Tutores confirmandi (7), però soltanto per eccezione *extra ordinem* (8), senza che questi casi di lor competenza fossero conosciuti(9). Ma da Marc-Aurelio fu istituito un apposito pretore tutelare *praetor tutelaris* (10), e quindi cessò interamente l'uffizio tutelare del pretore urbano e de' consoli (11). Per contrario dopo quel tempo noi troviamo nel tempo stesso il Prefetto della città nel possesso del dritto di nominare i tutori in Roma (12); ma nondimeno il pretore tutelare continuò ad esser quivi il proprio magistrato incaricato delle tutele fino alla caduta dell'impero occidentale (13), e Costantino istituì anche in Costantinopoli un pretore tutelare col nome particolare di *Praetor Constantinianus* (14). Quest'ultimo si mantenne finchè vi furono più pretori in Costantinopoli (15). Ma sotto Giustiniano non era più in uso (16), imperocchè non v'era più che un solo pretore per l'amministrazione della giustizia (17). e questi provvedeva anche agli affari di tutela (18). Non pertanto al Prefetto della città non solo fu conservato il suo dritto di concorrere alla nomina de' tutori (19), ma fu anche per le imperiali costituzioni in più modi accresciuto. Da valentiniano II. e Teodosio I. egli ottenne la facoltà di nominare i tutori per gl' *Illustres*, ma con l'obbligo di consultare il pretore e 10 Senatori (20), e secondo una disposizione più recente dei medesimi Imperadori i tutori de' pupilli doveano sempre esser nominati dal Prefetto della città e dal Pretore insieme (21). Giustiniano infine attribuì al Prefetto della città anche la no-

(7) L. 1. § 1. D. *de confirm. tut.* (26. 3.)
(8) Sueton. l. c.
(9) *Rudorff.* vol. I. p. 314. seg.
(10) Capitolinus in Marco c. 10. Confr. Fragm. Vat. § 232. 244. L. 1. § 1. D. *de tut. dat.* (26. 5.) L. 6. § 19. D. *de excus* (27. 1.)
(11) Non si oppone la L. 1. § 1. D. *de confirm. tut.* (26. 3.)
(12) L. 45. § 3. D. *de excus.* (27. 1.)
(13) *Gruteri* Inscr. p.312. 1. p. 360. 1. p. 361. 1. p. 363. 2. p. 465. 5.; *Reinesii* Inscr. Cl. VI. 4.; L. 3. L. 4. § 4. C. Th. *de tut. creand.* (3. 17.) L. 16. C. Th. *de praetor.* (6. 4.)
(14) Joann. Lydus II. 30.
(15) L. 5. L. 10. pr. C. Th. *de praetor.* (6. 4.)
(16) Joann. Lydus I. 48.
(17) Ve n'erano ancora parecchi per altri oggetti. V. la mia St. § 132.
(18) L. 30. C. *de episc. aud.* (1. 4.) L. 1. C. *de praetor.* (1. 39.) § 4. J. de Atil. tut. (1. 20.) Nov. 94. epil.
(19) Ciò dimostra l'eccezione della L. 45. § 3. D. *de excus.* (27. 1.) nelle Pandette.
(20) L. 3. C. Th. *de praetor. creand*; (3. 17.); L. 1. C. *de tut. illustr.* (5. 33.)
(21) L. 4. § 4. C. Th. *eod.*; L. 2. § 4. C. *quando mulier* (5. 35.)

mina de' curatori pei furiosi (22), e questo medesimo regolamento volle che si osservasse in Roma dopo che l'ebbe riconquistata (23).

2.° In Italia la destinazione de' tutori fu attribuita ai magistrati municipali (24), forse in forza della *lex Julia et Titia*, giacchè la *lex Atilia* ebbe vigore solamente per Roma (25), ed in assenza de' magistrati anche i Decurioni potevano procedere alla nomina (26). Ma l'autorità sulle tutele in sè stessa competeva ai magistrati tutelari Romani (27), e dopo l'introduzione dei *Juridici* (28) fu data a costoro per le regioni ad essi sottoposte (29). Per conseguenza anche questi alti magistrati poterono da se nominare i tutori (30), il che però avveniva soltanto quando se ne faceva una speciale richiesta (31), ma non si trova che i magistrati municipali avesser potuto esercitare le altre funzioni provenienti dalla giurisdizione sulle tutele.

3.° Nelle province i presidi conservarono sempre la giurisdizione sulle tutele conferita loro dalla *Lex Julia et Titia* (32). Soltanto Marc-Aurelio permise la nomina de' tutori anche ai Legati de' Proconsoli (33), del pari che al Giuridico di Alessandria (34); ed ancora i Presidi imitando ciò che si costumava in Italia solevano delegare la nomina dei tutori ai magistrati municipali (35), il che da principio si limitava senza dubbio solo ai propri Municipi ed alle Colonie nelle province (36),

(22) L. 7. § 6. C. *de cur. fur.* (5. 70.)
(23) § 4. J. de Atil. tut. (1. 20.) § 3. J. *de curat.* (1. 23.)
(24) L. 3. D. *de tut. dat.* (26. 5.); Fragm. Vat. § 191. Confr. con L. 19. § 1. L. 29. D. *eod.*
(25) Ulp. XI. 18.
(26) L. 19. pr. D. *eod.*
(27) Fragm. Vat. § 163. 165. 166.
(28) V. la mia St. § 84.
(29) Fragm. Vat. § 205. 232.
(30) Fragm. Vat. § 163. 232.
(31) Arg. leg. 1. § 2. 3. 5. 10. D. *de magistr. conv.* (27. 8.) leg. 46. § 6. D. *de adm. tut.* (26. 7.) leg. 24. D. *de tut. dat.* (26. 5.)
(32) Caj. I. 185.; Ulp. XI. 18.; L. 4. § 4. C. Th. *de tut. creand.* (3. 17.) pr. § 4. J. *de Atil. tut.* (1. 20.)
(33) L. 1. § 2. D. *de tut. dat.* (26. 5.). Nondimeno ciò forse si applicava solo al caso che la giurisdizione dal Preside fosse delegata ai legati L. 1. § 4. D. *de susp. tut.* (26. 10.)
(34) L. 2. D. *de off. jurid.* (1. 20.)
(35) § 4. J. *de Atil. tut.* (1. 20.) L. 1. D. *de mag. conv.* (27. 8.) L. 46. § 6. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. § 3. C. *de tut. illustr.* (5. 33.). In generale questa delegazione non si estendeva alle funzioni di vigilanza e giurisdizione sui tutori L. 2. § 1 D. *de off. ejus cui mand. est jurisd.* (1. 21.)
(36) V. la mia St. § 25. 43.

ma dopo che fu generalmente applicato l'ordinamento municipale(37), si estese a tutte le città, e diede occasione che Giustiniano legislativamente attribuisse la nomina de' tutori ai magistrati municipali insieme col Vescovo, quando il patrimonio del pupillo non oltrepassasse i 500 solidi (38). Pertanto dopo la conquista d'Italia pare che qui non questo nuovo dritto, ma l'antico stato di cose in cui anche la curia e senza il Vescovo poteva nominar tutori (39), fosse nuovamente tornato in voga, se pur non si voglia dire che non cessò mai (40).

4.° Finalmente in tutto l'impero lo stesso Imperadore poteva destinar tutori, della qual cosa però si trovano degli esempi soltanto ne' primi tempi dell'impero (41). Fatta astrazione da questa nomina imperiale, la competenza delle autorità incaricate delle tutele veniva determinata, nella tutela sulle persone, dal domicilio delle medesime ed in mancanza dal luogo di origine, nella *cura bonorum* poi dal luogo ove si trovava il patrimonio (42). Ma se una persona otteneva più tutori per le diverse province, in cui il suo patrimonio era sito (43), per ciascuna provincia era esclusivamente competente il magistrato tutelare del luogo (44), e queste regole sulla competenza si applicano anche al presente, giacchè i tribunali ne' loro circondari esercitano la giurisdizione sulle tutele, salvochè non si trovino istituiti de' particolari collegi pupillari.

B. Funzioni.

§ 139. I dritti de' magistrati preposti alle tutele e i loro doveri, l'inosservanza de' quali poteva renderli anche responsabili (1) sono:

1.° La nomina de' tutori nel caso che ve ne fosse bisogno (2).

2.° La conferma de' *tutores confirmandi* (3).

(37) V. lamia St. § 86. 128.

(38) L. 30. C. *de episc. aud.* (1. 4.) § 5. J. *de Atil. tut.* (1. 20.)

(39) Gesta Reatina in *Spangenbergii* Tab. negot. solemn. p. 132-139.

(40) Quest' ultima cosa è resa probabile per le ricerche del *Cloden*, Il dritto Romano nel Regno dei Ostrogoti. Jena 1843. 8.

(41) Sueton. in Octav. c. 48.; Spartian. in Hadriano c. 21.

(42) L. 1. § 2. D. *de tut. dat.* (26. 5.) L. un. C. *ubi pet. tut.* (5. 32.); Fragm. Vat. § 205. 232.

(43) V. sopra § 134.

(44) L. 21. § 2. D. *de excus.* (27, 1.) Confr. con Fragm. Vat. § 147.

(1) V. § 148.

(2) V. § 134. e § 148.

(3) V. § 134.

3.° L'esame dell'abilità de' tutori testamentari e legittimi (4).

4.° La decisione sopra le scuse allegate da un tutore per esser dispensato o discaricato da una tutela (5).

5.° La destituzione de' cattivi tutori (6).

6.° La cura di far loro prestare la debita fidejussione (7).

7.° Il concorrere al regolamento dell'amministrazione, ed alla distribuzione degli affari tra più tutori (8).

8.° L'autorizzazione de' tutori per l'alienazione e la riscossione dei capitali (9):

9.° La facoltà di disporre intorno al mantenimento ed alla educazione de' pupilli, giacchè non il tutore, ma il magistrato convocando un consiglio di famiglia dee determinare dove debba stare il pupillo, come si debba educare, e quanto si debba spendere pel suo mantenimento e per la sua educazione (10), ma in ciò dee aver riguardo, per quanto è possibile, al desiderio ed alle disposizioni del defunto padre del pupillo (11), dee confidare l'educazione del pupillo, se è possibile, alla madre (12) o anche ad un parente, purchè non sia un immediato erede (13), e determinare da principio, quando si può, le spese degli alimenti in maniera che non se ne consumi il patrimonio (14). Solo allorchè il palesamento dello stato del patrimonio del pupillo può tornargli dannoso, si lascia al tutore stesso la facoltà di regolare le spese del mantenimento (15); anzi il tutore che si sia discostato dalla determinazione degli alimenti fatta dal magistrato, può anche giustificarsi provando la insufficienza de' medesimi (16). Nella *cura personarum* il curatore veramente ha la facoltà di provvedere alla persona ed al suo mantenimento, senza che precedentemente il magistrato abbia date delle disposizioni in-

(4) V. § 141.
(5) V. § 142. e § 146. n. IV.
(6) V. § 146. n. V.
(7) V. § 143. n. II.
(8) V. § 143. n. III.
(9) V. § 144. n. II. e VI.
(10) L. 1. pr. § 1. L. 3. pr. L. 5. D. *ubi pupillus* (27. 2.) L. 1. § 10. D. *de insp. ventre* (25. 4.) L. 2. C. *de alim. pupillo praest.* (5. 50.)
(11) L. 1. § 10. D. *de insp. ventre.* (25. 4.) L. 1. § 1. 3. L. 2. § 3. D. *ubi pupillus* (27. 2.)
(12) L. 1. C. *eod.* (5. 49.) Nov. 22. c. 38.
(13) L. 2. C. *eod.* L. 1. § 1. 2. D. *eod.*
(14) L. 2-4. D. *eod.*
(15) L. 2. C. *de alim. pup. praest.* (5. 50.)
(16) L. 2. § 1. 2. D. *ubi pupillus.* (27. 2.)

torno a ciò, ma s' intende da se che anche qui può intramettersi il pretore, se lo creda necessario (17).

2) *Della richiesta de' tutori.*

§ 140. Affinchè non si trascuri per inavvertenza di nominare i tutori, quando ve ne sia bisogno, ciascuno ha la facoltà di presentarsi al magistrato competente (1) per provocarne la nomina (2), anzi talune persone vi sono anche obbligate. Il senatoconsulto Tertulliano sotto Adriano (3) impose principalmente alla madre l'obbligo (4) di domandar un tutore pe' suoi figli impuberi o dementi, del pari che un *curator ventris* (5), sotto pena di perdere il suo dritto di successione relativamente al figlio che avea bisogno di tutore, quando o avesse interamente trascurato di farne richiesta, o avesse domandato una determinata persona che si fosse di poi mostrata incapace (6). Per una legge che non ci è nota fu anche sotto una pena imposto l'obbligo ai libertini di dimandare la nomina di un tutore pe' loro patroni, quando ve ne fosse mestieri (7), e Teodosio II. finalmente per tutti i prossimi eredi di un impubere minacciò la decadenza dal dritto di succedere, se per un anno intero avessero trascurato di domandare un tutore (8). Intanto ci ha parecchie ragioni di scusa, le quali liberano le persone obbligate dai sopradetti danni (9). Diverso dal dritto comune della domanda di un tutore è il dritto che si ha in talune circostanze di domandare che si destini un curatore ad un minore (10), e si può anche considerare come una specie particolare di richiesta di tutela la *potioris nominatio*, quando cioè chi è chiamato alla tutela ne propone un altro come

(17) L. 7. pr. D. *de cur. fur.* (27. 10.)

(1) L. 1. C. *ubi pet. tut.* (5.32.)

(2) L. 2. pr. D. *qui pet. tut.* (6. 26.) L. 5. L. 10. C. *eod.* (5. 31.)

(3) V. la mia St. § 106. n 5.

(4) L. 2. L. 4. D. *eod.* L. 2. § 28-31. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.) L. 3. L. 8. L. 11. C. *qui pet. tut.* (5. 32.). Il Rescritto nella L. 2. § 2. D. *eod.* non è la fonte, ma è solo una conferma di quest' obbligo.

(5) L. 4. pr. D. *eod.* L. 2. § 29-31. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.)

(6) L. 2. § 23-40. D. *eod.* L. 2. § 1. 2. D. *qui pet. tut.* (26. 6.) § 6. J. *ad Sct. Tertull.* (3. 3)

(7) L. 2. § 1. D. *qui pet. tut.* (26. 6.) L. 2. C. *eod.* (5. 31.)

(8) Nov. Theodos. II. tit. 11.; L. 10. C. *de legit. hered.* (6. 58.)

(9) L. 2. § 26-27. 42-46. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.) L. 3. C. *eod.* (3. 56.) L. 8. C. *qui pet. tut.* (5. 31.) L. 2. C. *si adv. del.* (2. 35.)

(10) V. sopra § 136. Nota 55. e 56.

più idoneo, o più prossimo al pupillo (11), con che però egli assume anche la responsabilità per la persona proposta (12).

3) *Della capacità di esser tutore.*

§ 141. Non può ognuno divenir tutore, e però è debito del magistrato non solamente di non nominare esso delle persone inabili, ma anche di accertarsi, il più che si può, della capacità degli stessi tutori testamentari e legittimi, e di non ammetterli altramente alla tutela (1). Le ragioni d'incapacità, le quali del pari che le ragioni di scusa son dette *excusationes a tutela vel cura* (2), sono parte assolute ed escludono da ogni tutela, e parte relative ed escludono da alcune tutele soltanto.

1.° Sono assolutamente incapaci 1) tutti coloro, ai quali manca il dritto della fazione di testamento e quindi i peregrini, e gli schiavi, ai quali la *lex Junia Norbana* aggiunse specialmente anche i *Latini Juniani* (3). 2) Quelli che han bisogno essi medesimi di un assistenza (4) come i gravemente infermi (5), i ciechi, sordi e muti (6), furiosi (7), prodighi (8), e minori (9); questi ultimi però solo dopo la disposizione di Giustiniano (10), giacchè prima la minorità dava solo una ragione di scusa (11), anzi anticamente anche gl'impuberi potevano avere la *legitima patroni tutela* sulle donne, ma allora veramente secondo la prescrizione della *lex Papia Poppaea* si aggiungeva un altro tutore, quan-

(11) Paul. S. R. II. 28. e 29.; Fragm. Vat. § 157-167. § 206-211.; L. un. C. *de pot. ad mun. nom.* (10. 65.)

(12) L. 2. D. *de fidejuss. tut.* (27. 7.) Confr. L. 4. L. 5. C. *de mag. conv.* (5. 75.)

(1) L. 4. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 8-10. D. *de confirm. tut.* (26. 3.) L. 10. § 1. D. *de legit. tut.* (26. 5.)

(2) E perciò i titoli de excusationibus trattano delle ragioni dell'una e dell'altra specie, ed i moderni distinguono le excusationes *necessariae* et *voluntariae*.

(3) Ulp. XI. 16.; L. 21. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 7. C. *qui dare tut.* (5. 34.).

(4) L. 5. C. *de legit. tut.* (5. 30.) § 13. J. *de excus.* (1. 25.)

(5) L. 10. § 8. L. 11. L. 40. pr. L. 45. § 4. D. *de excus.* (27. 1.) L. un. C. *qui morbo* (5. 67.)

(6) L. 1. § 2. 3. D. *de tut.* (26. 1.) L. 10. § 1. D. *de legit. tut.* (26. 4.) L. 40. pr. D. *de excus.* (27. 1.) L. un. C. cit.

(7) L. 40. pr. D. cit. L. un. C. cit. § 2. J. *qui test. tut. dari poss.* (1. 14.)

(8) L. 12. § 2. D. *de tut. dat.* (26. 5.) L. 1. pr. D. *de cur. fur.* (27. 10.)

(9) § 2. J. *qui test. tut. dari poss.* (1. 14.)

(10) L. 5. C. *de legit. tut.* (5. 30.)

(11) L. 13. J. *de excus.* (1. 25.) L. 9. § 1. D. *de tut. act.* (27. 3.); Fragm. Vat. § 151. 223.

do veniva il bisogno di una *auctoritatis interpositio* (12), anche la nomina fatta per testamento di un tutore impubere dava luogo soltanto alla destinazione provvisoria di un altro tutore, ma col sopraggiungere della pubertà si convalidava (13). 3) Le donne (14) ad eccezione della madre e dell' ava di un pupillo, le quali Giustiniano chiamò per legge alla tutela (15), mentre prima aveano bisogno di uno speciale privilegio (16). 4) I soldati, almeno dopo l'Imperadore Filippo Arabo (17), e gli Ecclesiastici, i quali primamente ebbero da Giustiniano solo una dispensa dalla tutela (18), ma dipoi ne furono esclusi, e certamente i Vescovi ed i monaci assolutamente, gli altri ecclesiastici con l' eccezione che potessero amministrar la tutela sopra i parenti (19).

2.° Sono poi relativamente incapaci 1) il marito ed il fidanzato della pupilla, il che si deduce dal senatoconsulto sotto Marc-Aurelio che vietò al tutore di sposare la pupilla (20); 2) chi offre danaro per esser nominato tutore (21); 3) chi ha una inimicizia capitale col padre del pupillo, o ha impugnato a quest'ultimo il suo stato (22), e 4) secondo una disposizione di Giustiniano anche colui che al tempo in cui la tutela è conferita, si trova esser creditore o debitore del pupillo (23), la qual cosa non è d'ostacolo solo per la madre (24). La diversità di religione non è d'alcun impedimento (25), non altramente che la disuguaglianza dello stato (26).

4) *Delle ragioni di scusa.*

§ 142. L'assumere la tutela o la cura quando è debitamente confe-

(12) Ulp. XI. 20. 22.; Caj. I. 178. 179.
(13) L. 10. § 7. D. *de excus.* (27. 1.)
(14) L. 2. D. de R. J. (50. 17.) L. 1. C. quando mulier (5. 35.)
(15) L. 3. C. *eod.* Nov. 94. Nov. 118. 5. e. Nov. 155. prooem. c. 1.
(16) L. 2. C. *eod.* Da un tal privilegium si può dichiarar Livio XXXIX. 9.
(17) L. 4. C. *qui dare tut.* (5. 34.). Al tempo di Ulpiano non era ancora così L. 23. § 1. D. *de excus.* (27. 1.); Fragm. Vat. § 222.
(18) L. 52. pr. C. *de episc.* (1. 3.)
(19) Nov. 123. c. 5.
(20) L. 14. D. *de cur. fur.* (27. 10.) L. 4. C. *eod.* (5. 70.) L. 2. C. *qui dare tut.* (5. 34.) L. 17. C. *de excus.* (5. 62.); Fragm. Vat. § 201. 202.
(21) L. 21. § 6. D. *de tutor. dat.* (26. 5.)
(22) L. 6. § 17. 18. D. *de excus.* (27. 1.)
(23) Nov. 72. c. 1.
(24. Nov. 94. c. 1.
(25) L. 15. § 6. D. *de excus.* (27. 1.) Non si oppone la L. 19. C. *de Judaeis* (1. 9)
(26) L. 1. pr. C. *de tut. illustr.* (5. 33).

rita (1) è un dovere civile generale (2). Contro chi è renitente il magistrato può adoperare i mezzi di costringimento (3), e se il tutore si ostina a ricusare, egli si deve destituire e diviene infame (4); ed è anche risponsabile per tutt' i danni (5). Nondimeno si danno delle eccezioni da questa obbligazione: 1) quando chi fa un legato ad un figlio di famiglia minore gli nomina un curatore pei beni lasciati (6); 2) nella *cura bonorum* nel concorso dei creditori (7), e 3) quando alcuno è nominato tutore o curatore da un magistrato, alla cui giurisdizione non è sottoposto (8). Oltre a ciò vi son parecchie ragioni di scusa, le quali però debbono essere allegate innanzi al magistrato entro un termine determinato, la qual cosa ne' sopradetti casi non è necessaria (9). Il termine generalmente è di 50 giorni; ma per coloro che si trovano ad una distanza maggiore di 100 miglia romane, ad un termine di 30 giorni si aggiunge un giorno per ogni 20 miglia di distanza in modo però che questi giorni aggiunti non sieno mai meno di 20 (10). Ma chi si scusa, in caso di una tutela testamentaria, perde ogni dritto che gli proviene dal testamento, in cui è nominato tutore (11), e se la scusa, della quale egli dee provare la verità (12), e che può essere impugnata da ciascuno (13), vien rigettata, egli si rende responsabile di tutt' i danni che in quell' intervallo son avvenuti (14), il che vale del pari quando si scopra di poi che si è fatta valere per sorpresa una falsa scusa (15). Non-

(1) L. 13. § 12. D. *de excus.* (27. 1.)

(2) L. 6. D. *de tut. dat.* (26. 5.) L. 1. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 6. § 15. L. 10. § 4. L. 13. § 1. L. 37. D. *de excus.* (27. 1.)

(3) L. 9. D. *de muner.* (50. 4.) L. 3. C. *de susp. tut.* (5. 43.)

(4) L. 2. L. 3. C. *eod.* L. 7. § 3. D. *eod.* (26. 10.)

(5) L. 2. C. *eod.* L. 1. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(6) Nov. 117. c. 1. §. 1.

(7) L. 2. §. 3. D. *de cur. bon. dando* (42. 7.)

(8) L. 46. § 2. D. *de excus.* (27. 1.) L. 1. § 2. L. 3. D. *de tut. dat.* (26. 5.) L. 5. C. *qui dare tut. poss.* (5. 37.); Fragm. Vat. § 203. 205. 232. 241. Una eccezione indiretta da questa regola si contiene nella L. 24. D. *eod.* L. 1. § 10. D. *de magistr. conv.* (27. 8.)

(9) L. 13. § 12. D. *de excus.* (27. 1.)

(10) § 16. J. *eod.* (1. 25.) L. 13. § 1-4. 9. L. 38. L. 45. § 1. D. *eod.* L. 6. C. *eod.* (5. 62.); Fragm. Vat. § 155. 156. 164. 209.

(11) L. 28. pr. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 32-34. D. *de exc.* (27. 1.) L. 5. § 2. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(12) L. 13. § 8. 10. D. *de exc.* (27. 1.); Fragm. Vat. 130. 157.

(13) L. 1. C. *si tut. falsis alleg.* (5. 63.)

(14) L. 20. L. 39. § 6. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 15. C. *de excus.* (5. 62.)

(15) § 20. J. *eod.* (1. 25.) L. 1. L. 3. C. *si tut. fals. alleg.* (5. 63.)

dimeno contro il rigetto è ammesso l'appello (16); ed ancora si può provocare la *potioris nominatio*, purchè il predetto termine non sia ancora trascorso (17), ma cessa ogni scusa per la promessa di assumer la tutela (18), del pari che per l'accettazione di ciò che è stato lasciato in legato per la tutela (19), ed i libertini non possono assolutamente ricusar la tutela sopra il loro patrono ed i figliuoli del medesimo (20). La più parte delle scuse fu introdotta la prima volta al tempo degl' imperadori; e principalmente sotto Marc-Aurelio molte disposizioni furon fatte intorno alle medesime (21). Il loro numero anche nel dritto Giustinianeo è considerevole, sebbene in esso molte ragioni di scusa si sieno trasandate, le quali prima erano ammesse (22). Le più notevoli son le seguenti:

1.° Ha luogo una scusa generale in favore 1) de' vecchi (23); 2) dei Veterani (24); 3) de' professori di arti liberali e scienze (25); 4) di tutti coloro che sono assenti dal loro domicilio per servigio dello Stato (26); 5) de' membri del Consiglio di Stato, *consilium principis* (27); 6) di coloro che amministrano già tre tutele (28); 7) de' poveri ed infermi pei quali il peso di una tutela sarebbe troppo gravoso (29); 8) di coloro che hanno un certo numero di figli, cioè tre in Roma, quattro in Italia, cinque nelle province (30) etc.

(16) L. 4. pr. D. *de excus.* (27. 1.) L. 10. § 4. L. 17. § 1. D. *de appell.* (49. 1.) L. 6. L. 15. L. 18. C. *de exc.* (5. 62.)

(17) Fragm. Vat. § 158. 164. 207. 209.; L. un. C. *de pot. ad. mun. nom.* (10. 65.)

(18) Fragm. Vat. § 153. 154. § 9. J. *de excus.* (1. 25.) L. 29. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 15. § 1. D. *de excus.* (27. 1.) L. 12. C. *eod.* (5. 62.) L. 2. C. *si tut. fals. alleg.* (5. 63.)

(19) L. 5. § 2. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.); Fragm. Vat. § 151. 205. 223.

(20) L. 14. D. *de tut. dat.* (26. 5.); Fragm. Vat. § 224. 152. 160. 220. 224.

(21) Fragm. Vat. § 123. 154-156. 168. 195. 203. 210. 220. 221. 224. 244. 245. 247.

(22) I Fragm. Vat. § 123-247. contengono una moltitudine di casi antiquati.

(23) § 13. J. *de excus.* (1. 25.) L. 2. D. *eod.* (27. 1.) L. un. C. *qui aetate se exc.* (5. 68.)

(24) L. 8. pr. § 1-4. D. *eod.* L. 1. 2. C. *de excus. veter.* (5. 65.); Fragm. Vat. § 140. 177.

(25) § 15. J. *eod.* L. 6. § 1-9. D. *eod.*; Fragm. Vat. § 149. 150.

(26) § 2. J. *eod.* L. 10. pr. § 2. D. *eod.*

(27) § 3. J. *eod.* L. 30. pr. D. *eod.*

(28) § 2. J. *eod.* L. 2. § 9. L. 4. L. 5. L. 15. § 15. L. 17. pr. L. 31. § 4. D. *eod.*: Fragm. Vat. § 125-128. 188-190. 231.

(29) § 6. 7. J. *eod.* L. 7. L. 40. D. *eod.* L. un. C. *qui morbo* (5. 67.) Fragm. Vat. § 129. 130. 238-240. 243.

(30) Pr. J. *eod.* L. 2. § 2-8. L. 18. D. *eod.*; Fragm. Vat. § 168-170. 191-199. 247.

2.° Le scuse particolari che si applicano solo ad alcune determinate tutele sono 1) che niuno è tenuto di assumere l'amministrazione di un patrimonio distante più di 100 miglia romane (31); 2) che chi è nominato tutore in un testamento può ricusar la tutela, quando il testatore non lo ha nominato che per odio (32); e 3) che chi è stato tutore non è obbligato di essere anche curatore del suo pupillo (33).

3) *De' dritti e doveri de' tutori e curatori.*

A. In generale.

§ 143. Lo scopo diverso de'tutori o curatori ha veramente per effetto anche parecchie differenze de' loro dritti e doveri, ma nondimeno in generale si possono stabilire intorno a ciò i seguenti principii.

1.° Il tutore o curatore nell'entrare nel suo ufficio dee prestar giuramento al magistrato di adempiere fedelmente i suoi doveri, la qual cosa in vero Giustiniano da prima avea ordinata solo per la cura de' furiosi (1), ma dipoi estese a tutte le tutele o cure (2).

2.° Ordinariamente si danno anche delle sicurtà, e ciò fu introdotto nell' editto del pretore (3), dopo la *lex Julia et Titia* (4), e quindi non prima dell'epoca imperiale. Sono da ciò dispensati 1) i tutori testamentari in senso proprio (5), 2) i *tutores confirmandi* nominati dal padre (6), 3) quelli nominati dal magistrato, quando furono dati *ex inquisitione*, cioè nominati dai magistrati tutelari superiori dopo avute dai magistrati municipali le assicurazioni sulla loro capacità (7), e 4) il pa-

(31) L. 10. § 4. L. 21. § 2. 3. D. *eod.* Confr. Fragm. § 147.; *Rudorff.* vol. 1. p. 73. seg.

(32) § 9. J. *eod.* L. 6. § 17. D. *eod.* L. 14. C. *eod.* (5. 62.)

(33) § 18. J. *eod.* L. 20. C. *eod.*; Fragm. Vat. § 200.

(1) L. 7. § 4-7. C. *de cur. fur.* (5. 70.) L. 27. C. *de episc.* (1. 3.)

(2) Nov. 72. prooem. c. 8. Nov. 155. prooem.

(3) Caj. I. 199.; L. 19. § 1. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 5. pr. D. *de* V. O. (45. 1.) L. 1. § 2. D. *de stip. praetor.* (46. 5.) L. 4. C. *de tut. qui satis non dedit* (5. 42.) § 4. J. *de divis. stip.* (3. 18.); Theoph. *ad* h. l.

(4) § 3. J. *de Atil. tut.* (1. 20.)

(5) Caj. I. 200.; pr. J. *de satisd. tut.* (1. 24.) L. 3. L. 4. C. *de tut. qui satis non dedit.* (5. 42.) L. 7. § 5. C. *de cur. fur.* (5. 70.) L. 27. C. *de episc.* (1. 3.)

(6) L. 3. D. *de confirm. tut.* (26. 3.)

(7) Caj. I. 200.; § 3. J. *de Atil. tut.* (1. 20.) pr. J. *de satisd. tut.* (1. 24.) L. 5. D. *de confirm. tut.* (26. 3.) L. 8. D. *de cur. fur.* (27. 10.) L. 7. § 6. C. *eod.* (5. 70.) L. 4. C. *de tut. qui satis non ded.* (5. 42.) Confr. L. 6. § 1. D. *de tutel.* (26. 1.) L. 1. § 3. D. *de mag. conv.* (27. 8.)

trono per la tutela legittima, purchè egli sia irreprensibile, il patrimonio da amministrarsi non sia troppo grande, e la manomissione sia seguita volontariamente (8). Tutti gli altri son tenuti a dar sicurtà (9), anche quando sieno destinati per un solo ramodi amministrazione(10), ed anche pei primi cessa la dispensa, allorchè fra più tutori uno desidera di avere egli solo l' amministrazione, il che secondo l'editto del pretore si applicava solo ai tutori testamentari, ma per un Senatoconsulto sotto Marc-Aurelio fu esteso anche agli altri (11). L'obbligazione del fidejussore si dee stipulare innanzi al magistrato competente, salvochè questi non consenta che si faccia innanzi ad un altro (12), e se è possibile deve il fidejussore far la sua promessa al pupillo medesimo, o ad un suo schiavo o *filius familias* (13), nondimeno si può anche fare validamente ad un contutore del medesimo pupillo (14), o a qualche altro, a cui il magistrato ne abbia dato l' incarico (15) e secondo un uso più recente basta anche che il tutore presenti il suo fidejussore al magistrato, e che questi ne faccia notamento nel protocollo (16).

3.° Se vi sono più tutori quelli che non sono, come semplici *tutores honorarii o notitiae causa dati*, esclusi dall' amministrazione *gestio*, o destinati per diverse province, debbono in conformità dell'editto, stabilir senza indugio se vogliano affidar ad un solo l'amministrazione, o distribuirsi tra loro gli affari, o amministrare in comune, nel qual ultimo caso ciascuno ha la facoltà d' intraprendere da se solo tutti gli affari della tutela, e se non si possono accordare fra loro, il magistrato determina le loro relazioni, nondimeno quando un solo offra una sicurtà, a questo deve affidar l'amministrazione(17), purchè il medesimo

(8) L. 5. § 1. D. *de tut. legit.* (26. 4.) L. 13. D. *de tut. dat.* (26. 5.)

(9) L. 8. D. *de cur. fur.* (27. 10.) L. 3. C. *si tut. sat. non ded.* (5. 42.) Nov. 94. c. 1. Nov. 118. c. 5.

(10) L. 8. D. *rem. pup. salv. fore* (46. 6.)

(11) L. 19. § 1. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 4. C. *si tut. sat. non ded.* (5. 42.)

(12) L. 7. § 1. L. 8. § 4-6. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.)

(13) L. 2. L. 5. L. 6. D. *rem. pup. salv. fore* (46. 6.) L. 1. § 15. D. *de mag. conv.* (27. 8.) L. 7. § 4. C. *de cur. fur.* (7. 4.)

(14) L. 55. § 2. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 38. § 20. D. *de* V. O. (45. 1.) L. 2. C. *si mater.* (5. 46.)

(15) L. 2. L. 3. L. 4. pr. D. *rem. pup. salv. fore* (46. 6.) L. 1. § 15. D. *de mag. conv.* (27. 8.); Theoph. III. 18. § 4.

(16) L. 4. § 3. D. *de fidej tut.* (27. 7.) L. 1. § 15. D. *de mag. conv.* (27. 8.); Gesta Reatina in *Spangenberg* Tab. neg. sol. p. 132. seg.

(17) § 1. J. *de satisd. tut.* (1. 24.) L. 3. L. 4. L. 24. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 18. L. 19. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 14. § 1. D. *de solut.* (46. 3.) L. 2. C. *de divid. tut.* (5. 52.)

non sia un infame (18). A tutti però senza eccezione è imposto il dovere d'invigilarsi a vicenda (19), e di badare che regolarmente sia prestata la sicurtà (20), il perchè essi non solo hanno da provocar la destituzione, quando ne sia il caso (21), ma son tutti eziandio responsabili l'uno per l'altro (22).

4.° Per rapporto al pupillo o a colui, agli affari del quale il tutore o curatore provvede si ritiene per finzione un contratto bilaterale (23). 1) Da parte del tutore si contiene in esso la promessa di render conto di tutto ciò che fa (24), di restituire tutto quel che per effetto della tutela viene nelle sue mani (25) e di badare agl' interessi del pupillo come un diligente padre di famiglia (26) cioè di proteggere a tutto potere lui ed il suo patrimonio (27), di promuovere i giudizi che saran necessari (28), e di evitare per quanto può le perdite (29), per conseguenza non solamente dee ristorare i danni cagionati per sua colpa (30), ma è anche responsabile per le omissioni e negligenze, quando o non ha fatto l'utile o ha trasandato di allontanare un danno (31), ed in ciò egli assume il rischio fin dal momento che ha avuto notizia del conferimento della tutela (32). Pertanto il tutore è responsabile per la colpa lieve solo quando si mostra diligente ne' propri af-

(18) L. 17. § 1. D. *de test. tut.* (26. 2.) Confr. con L. 1. § 6. D. *de postul.* (3. 1.)

(19) L. 3. § 2. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(20) L. 14. D. *eod.* L. 2. L. 5. D. *de magistr. conv.* (27. 8.)

(21) L. 14. L. 46. § 6. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 5. D. *de susp. tut.*(26. 10.) L. 1. § 13-15. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 1. C. *si tut. non gess.* (5. 55.)

(22) L. 3. § 2. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. C. *de peric.* (5. 38.) L. 2. C. *de div. tut.* (5. 52.)

(23) § 2. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 5. § 1. D. *de* O. et A. (44. 7.)

(24) L. 1. § 3. D. *de tut. act.* (27. 3.)

(25) L. 1. 3. 9. 13. C. *arbitr. tut.* (5. 51.)

(26) L. 33. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(27) L. 1. pr. D. *de tut.* (26. 1.) L. 9. § 6. L. 30. D. *de adm. tut.*(27. 7.) L. 7. pr. D. *de cur. fur.* (27. 10.)

(28) L. 1. § 2-4. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 6. L. 28. C. *eod.* (5. 37.)

(29) L. 7. § 1. L. 15. L. 58. § 1. D. *eod.* L. 24. C. *eod.* L. 3. C. *de peric. tut.* (5. 38.)

(30) L. 1. C. *eod.* L. 7. C. *arbitr. tut.* (5. 51.)

(31) L. 1. pr. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 7. pr. § 1. L. 3. L. 10. L. 39. pr. L. 57. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 10. L. 11. L. 17. D. *de auct. tut.* (26. 8.) L. 2. C. *arb. tut.* (5. 51.) L. 2. C. *si tut. non gess.* (5. 55.)

(32) L. 1. § 1. L. 5. § 10. L. 6. L. 17. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 19. C. *eod.* (5. 37.) L. 5. C. *de peric. tut.* (5. 38.) L. 6. C. *de excus.* (5. 62.)

fari (33), ovvero si è volontariamente offerto ad amministrare (34), ma nell' acquisto d' immobili risponde sempre soltanto per la *culpa lata* (35). 2) Al contrario pel pupillo quel finto contratto contiene solo l'obbligazione di rendere indenne il tutore (36), ma non già di compensarlo ancora per le sue cure, salvochè o il padre nel suo testamento, o il magistrato non abbia stabilito un onorario (37).

B. Per l'amministrazione del patrimonio.

§ 144. Svariate e difficili sono le funzioni di quei che hanno ad amministrare un patrimonio altrui o che sieno tutori o curatori, giacchè per essi sotto questo rapporto valgono i medesimi principi (1). Il tutore dee procurare non solo di conservare il patrimonio, ma anche di aumentarlo (2). Per conseguenza è suo dovere 1) di non dar nulla gratuitamente senza una legittima ragione, cioè non donar nulla (3); 2) di vendere le cose che portano spese e facilmente si corrompono (4); 3) di preservar tutto per quanto è possibile da' danneggiamenti o furti (5); 4) di provvedere alle riparazioni necessarie (6); 5) di far valere a tempo le pretensioni e i dritti (7), ed in ispezialtà riscuotere, come prima si può, i crediti non sicuri o che non producono interessi (8), anche quando sia debitore egli medesimo (9), e 6) di ordinatamente usare ed amministrare le parti fruttifere del patrimonio (10). Ma in che modo debbe il tutore nelle singole faccende comportarsi, per bene adempie-

(33) L. 1. pr. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 57. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.); *Hasse* Culpa § 71-75.

(34) L. 55. § 3. L. 87. D. *de furt.* (47. 2.)

(35) L. 7. § 2. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(36) § 2. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 5. § 1. D. de O. et A. (44. 7.)

(37) L. 1. § 6. 7. D. *de contr. tut. jud.* (27. 4.) L. 9. § 6. L. 33. § 3. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(1) L. 4. § 25. D. *de doli exc.* (44. 4.) Confr. però la nota 43.

(2) L. 3. § 1. 3. D. *ubi pupill.* (27. 2.)

(3) L. 12. § 2. 3. L. 13. § 2. L. 22. L. 32. §. 1. L. 43. §. 1. L. 46. § 8. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. § 1, 2. D. *de tut. act.* (27). 3.) L. 13. D. *de cur fur.* (27. 3.) L. 13. D. *de manum.* (40. 1.)

(4) L. 7. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 22. L. 25. § 5. C. *eod.* (5. 37.)

(5) L. 32. § 1. L. 50. D. *eod.* L. 24. C. *eod.* L. 3. L. 4. C. *de peric. tut.* (5. 38.)

(6) L. 22. C. *de adm. tut.* (5. 37.)

(7) L. 10. L. 30. D. *eod.*

(8) L. 1. § 4. L. 15. L. 39. § 16. L. 46. § 7. L. 57. pr. D. *eod.* L. 18. C. *eod.*

(9) L. 9. § 1. 2. 3. D. *eod.*

(10) L. 33. pr. D. *eod.*

re il suo ufficio, ciò, sotto la risponsabilità per tutti i danni cagionati da sua colpa (11), è rimesso in tutto alla sua estimazione, come se egli medesimo fosse il padrone (12). Su tal riguardo si trovano soltanto le seguenti regole.

1.° Al cominciare della tutela deve il tutore immediatamente alla presenza di un notaio o di un magistrato fare un esatto inventario del patrimonio (13). Solo se si tratta di un patrimonio avuto in eredità il testatore può disporre che non si faccia inventario (14); ma da questo caso in fuori se senza una ragione sufficiente si tralascia l' inventario, il tutore dee destituirsi, diviene infame, ed ogni danno si può valutare mediante il *juramentum in litem* (15).

2.° Mentre l'antico dritto permetteva illimitatamente al tutore di alienare (16), con la sola eccezione che non poteva donare (17), nè vendere furtivamente alcuna cosa a suo proprio profitto (18), un Senatoconsulto sotto Settimio Severo proibì l'alienazione de' poderi *praedia rustica* e degli edifizi rurali *praedia suburbana*, come pure degli schiavi che in essi si trovavano, salvo se si alienassero per pagare i debiti o per esecuzione di una disposizione testamentaria del padre del pupillo, nel qual caso però bisognava prima richiedere il permesso del magistrato (19). Ciò non si applicò agli edifizi urbani nè agli schiavi che vi si trovavano, anzi pare che questa medesima legge o un'altra più recente che non è nota abbia inculcato la vendita di queste cose, come pure degli oggetti preziosi superflui (20); ma Costantino estese il divieto a tutte le cose eccetto solamente quelle la cui conservazione tornerebbe dannosa (21), tra le quali, secondo una dichiarazione di Giustiniano, si debbono annoverar sempre i frutti raccolti (22). Quindi ora l'alienazio-

(11) V. § 143. Nota 30. e 31.
(12) L. 27. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 7. § 3. D. *pro emptore* (41. 4.) L. 11. § 7. *quod vi aut clam.* (43. 24.) L. 58. § 4. D. *de furt.* (47. 2.) L. 157. pr. D. de R. J.
(13) L. 7. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 24. C. *eod.* (5. 37.) L. 13. C. *arbitr. tut.* (5. 51.) Nov. 94. epil.; Harmenopuli Promptuar. jur. V. 11. § 25.
(14) L. 13. § 1. C. *arbitr. tut.* (5. 51.)
(15) L. 13. § 1. C. *cit.* L. 7. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.)
(16) Caj. II. 64.
(17) 8. Nota 3.
(18) L. 10. § 1. D. *de cur. fur.* (27. 10.) L. 7. § 3. D. *pro emptore* (41. 4.) L. 33. D. *de furt.* (47. 2.)
(19) L. 1. L. 8. § 1. L. 11. L. 14. D. *de reb. eor. qui sub. tut.* (27. 9.) L. 2. § 1. D. *de off. ejus cui mand.* (1. 21.) L. 16. C. *de praed. et al. reb. min.* (5. 71.)
(20) L. 22. pr. C. *de adm. tut.* (5. 37.); L. 3. pr. C. Th. *eod.* (3. 19.)
(21) L. 22. C. cit. L. 4. C. *quando decreto opus non est* (5. 72.)
(22) L. 28. § 5. C. *de adm. tut.* (5. 37.)

ne per regola debb'esser preceduta da un decreto del magistrato, e se senza di ciò si è fatta o trasandando di ottener l'approvazione o procurandola con inganno, adducendo false cagioni, è interamente nulla, in modo che le cose possono esser rivendicate (23). Ma allora si dovrà restituire il prezzo di cui il pupillo ha profittato (24), ed ancora cessa la rivendicazione, se il pupillo dopo finita la tutela conferma l'alienazione (25), o lascia passar cinque anni senza reclamare (26). Oltre a ciò s'intende da se che il divieto di alienare non ha alcuna applicazione, se i terzi abbiano dritto alla alienazione (27).

3.° Il danaro, di cui il tutore non ha avuto bisogno di servirsi per le spese, si dovrà da lui depositare giudizialmente se la somma non è troppo insignificante, altrimenti sarà tenuto a pagarne gl' interessi *usurae pupillares* (28). Prima di Giustiniano il tutore fra 6 mesi nel primo anno della tutela, e fra due negli anni seguenti dovea impiegar questo danaro in compra di fondi, o darlo ad interesse con sicurezza, altrimenti ne pagava egli medesimo gl' interessi (29), se si poteva dimostrare che egli avesse avuto occasione d' impiegarlo (30), il che si presumeva quando egli avea ben impiegato il suo proprio danaro (31). Ma Giustiniano restrinse queste prescrizioni al caso che o le altre entrate non bastino al bisogno del pupillo, o il tutore volontariamente abbia dichiarato di voler utilmente impiegare il danaro soprabbondante (32).

4.° Se il tutore ha dato a mutuo il danaro o approvato un precedente impiego di un capitale, egli ne porta il rischio (33), altrimente egli è soltanto responsabile quando i crediti siensi perduti per la sua trascuraggine (34). Nondimeno gli è permesso di provare che la perdita sia stata l' effetto di avvenimenti posteriori a lui non imputabili (35),

(23) L. 5. § 15. L. 7. § 3. D. *de reb. cor. qui sub. tut.* (27. 9.) L. 5. L. 11. C. *de praed. et al. reb. min.* (5. 71.)

(24) L. 10. L. 16. C. *eod.*

(25) L. 1. L. 2. C. *si major factus* (5. 74.)

(26) L. 3. C. *eod.*

(27) L. 1. § 1. D. *de reb. cor. qui sub. tut.* (27. 9.)

(28) L. 5. pr. L. 7. § 7-10. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(29) L. 7. § 3. 11. L. 15. L. 23. L. 49. L. 58. § 1-4. D. *eod.* L. 24. C. *eod.* (5. 37.)

(30) L. 12. § 4. D. *eod.* L. 3. C. *de usur. pupill.* (5. 56.)

(31) L. 13. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(32) Nov. 72. c. 6-8.

(33) L. 44. pr. D. *eod.* D. 19. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 18. C. *de adm. tut* (5. 37.)

(34) L. 15. L. 35. 39. pr. § 14. D. *eod.*

(35) L. 47. § 5. L. 50. D. *eod.*

eccetto, secondo la prescrizione di Giustiniano, il caso che il tutore volontariamente avesse fatto un mutuo, quando non vi era obbligato (36).

5.° Il tutore può dal patrimonio che amministra torre a prestito anche per se pagando un giusto interesse (37); ma se egli occultamente impiega per se il danaro, allora per pena deve pagare il massimo interesse legale (38).

6.° In generale il tutore può ricevere un pagamento e rilasciarne valida quietanza (39). Nondimeno Giustiniano ordinò che pei pagamenti di capitali e d' interessi scaduti al di sopra della somma di 100 solidi il pagamento fatto al tutore allora solo libera il debitore quando egli sia stato autorizzato a riceverlo con un decreto del magistrato (40), o il danaro effettivamente sia tornato a vantaggio del pupillo (41).

7.° Il tutore non può mai transigere (42). A limitazioni anche maggiori è sottoposto il curatore de' beni sui quali vi è un concorso di creditori, ed il *curator ventris*, i quali custodiscono solamente il patrimonio, ma non debbono fare alcun atto di disposizione che si possa evitare, tranne la vendita delle cose soggette a deperimento (43).

6) *Degli atti del tutore pel pupillo.*

§ 145. Quando l'esercizio di una tutela ed in ispezialtà l' amministrazione di un patrimonio richiede che si facciano degli atti giuridici, si possono dar tre casi: 1) il *tutor impuberis* ed il *curator minoris* se il pupillo o minore è presente, non pazzo o non ancora infante possono lasciarlo agire da se, il che solo per l' impubere richiede una formale *auctoritatis interpositio* (1). 2) Se si tratta semplicemente

(36) Nov. 72. c. 6.

(37) L. 54. D. *eod.*

(38) L. 38. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 7. § 4. 5. 10. 12. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 3. C. *arbitr. tut.* (5. 51.) L. 1. C. *de usur. pupill.* (5. 56.)

(39) L. 7. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) L. 46. § 5. 6. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 14. D. *de solut.* (46. 3.) L. 1. C. *si adv. solut.* (2. 33.)

(40) L. 25. L. 27. C. *de adm. tut.* (5. 37.)

(41) § ult. J. *quib. alien. non licet* (2. 8.

(42) L. 46. § 8. D. *de adm. tut.* (26. 7.). Non si oppone la L. 58. § 4. D. *de furtis* (47. 2.)

(43) L. 48. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. § 4. D. *de muner.* (50. 4.)

(1) L. 1. § 2. 3. L. 2. pr. L. 9. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. § 15. D. *de magistr. conv.* (27. 8.) L. 2. L. 6. D. *rem. pupill. salv. fore* (46. 6.) L. 8. pr. L. 9. L. 49. D. *de adq. her.* (29. 2.) § 9. 10. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 18. § 4. C. *de jure delib.* (6. 30).

dell'acquisto di dritti e vi sono degli schiavi o *filiifamilias* di colui che è soggetto alla tutela o cura può il tutore o curatore disporre che costoro imprendano l'affare, giacchè per questo modo essi acquistano pel padrone o padre (2). 3) Finalmente il tutore o curatore può agire anche da se, e lo deve quando non si possono applicare que' mezzi sussidiari. Ma qui si hanno a fare delle distinzioni. Se il tutore sostiene un giudizio, la sentenza in forza di un rescritto di Antonino Pio produce l'*actio* e l'*exceptio rei judicatae* in favore o contro del pupillo come se fosse egli medesimo intervenuto nel giudizio (3). Per l'accettazione di eredità o di legati il tutore acquista pèr colui che è sottoposto alla tutela, come se avesse egli medesimo accettato (4), il che solo pel *curator* furiosi va soggetto ad una particolare limitazione (5). Parimente dal tempo di Settimio Severo può il tutore acquistare il possesso pel pupillo (6), ed anche trasferire o abbandonare il possesso (7). Se il tutore fa un contratto, secondo la regola antica non ne risultava pel pupillo nè dritto nè obbligazione alcuna (8), ma più tardi furono ammesse delle eccezioni (9). Il pupillo acquista sempre per questo mezzo i dritti personali, allorchè questi son provenuti dal suo patrimonio, cioè per via di mutuo, di locazione, o di vendita di cose appartenenti al medesimo, nel qual caso gli compete *utiliter* l' azione nascente dal contratto (10), ma rimane anche obbligato in quanto il contratto gli è tornato profittevole, ed è stato conchiuso di buona fede dal tutore (11). La regola che le convenzioni del tutore, le quali non arrecano al pupillo alcun dritto o utilità, non lo possono obbligare è una conseguenza del principio che il tutore non può dar via nulla

(2) L. 50. L. 63. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 2. L. 5. L. 6. D. *rem. pup. salv. fore* (46. 6.) L. 7. § 4. C. *de cur. fur.* (5. 70.) L. 9. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 26. C. *de donat.* (8. 54.)

(3) L. 2. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 5. pr. L. 6. L. 7 D. *quando ex facto tutor.* (26. 9.) L. 1. C. *eod.* (5. 39.) L. 4. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.)

(4) L. 7. § 1. L. 8. D. *de b. p.* (37. 1.) L. 7. C. *qui admitti.* (6. 9.) L. 18. § 2. C. *de jure delib.* (6. 30.) L. 7. pr. C. *ad Sct. Trebel.* (6. 49.)

(5) L. 7. § 3. C. *de cur. fur.* (5. 70.)

(6) L. 1. § 20. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 11. § 6. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(7) L. 109. D. *de* V. S. (50.16.)

(8) L. 11. § 6. 7. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(9) L. 5. *quando ex facto tutor.* (5. 39.)

(10) L. 9. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 26. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 5. § D. *de const. pec.* (13. 4.) L. 2. D. *quando ex facto tut.* (26. 9.) L. 2. L. 4. C. *eo* (5. 39.)

(11) L. 4. § 1. D. *de evict.* (21. 2.) L. 12. § 1. L. 43. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 5. § 1. L. 8. D. *quando ex facto tut.* (26. 9.) L. 3. C. *eod.* (5. 39.)

gratuitamente (12). Dall'altro lato il pupillo, quando il dritto non è provenuto per mezzo del suo patrimonio, se il tutore ha fatto da se stesso il negozio, non acquista immediatamente da' contratti alcun dritto (13). È singolare che anche nelle pegnorazioni solo il tutore rimanga obbligato (14).

2.° Se un tutore commette un atto illecito a vantaggio del suo pupillo o del patrimonio che amministra da se stesso, solo egli è responsabile verso colui che ne ha patito il danno (15); nondimeno se il pupillo se ne sia arricchito può anch' egli esser convenuto per restituir quello di che ha profittato (16).

7) *Della fine della tutela.*

§ 146. Ogni tutela si estingue da se quando è cessato il bisogno che le ha dato occasione (1). Ma senza estinguersi la tutela può anche semplicemente cessare un tutore. Le ragioni che possono far cessare in questo ultimo modo una tutela o per meglio dire un tutore sono 1) La morte del tutore (2). 2) Una *capitis diminutio maxima o media* del medesimo. Da prima la tutela legittima si estingueva sempre anche con una *capitis diminutio minima* (3), ma siffatta diminuzione di capo dal tempo che la parentela naturale fu sufficiente per dar dritto a questa tutela (4) non fu presa più in considerazione, se non quando il tutore era un semplice parente adottivo del pupillo (5). 3) La sopravvegnenza del termine o della condizione risolutiva, allorchè alla nomina di un tutore fatta dal testatore o dal magistrato si fosse aggiunto un

(12) V. Sopra § 144. Nota 3.

(13) L. 26. C. *de donat.* (8. 54.)

(14) L. 11. § 6. 7. D. *de pign. act.* (13. 7.). Pare quasi ch l' oppignorazione sia stata ritenuta come un' alienazione gratuita, imperocchè il debito esiste anche senza di essa.

(15) L. 4. D. *de tab. exh.* (43. 5.) L. 11. § 6. D. *quod vi aut clam.* (43. 24.) L. 198. D. de R. J. (50. 17.)

(16) L. 21. § 1. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 13. § 7. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 1. L. 3. L. 4. D. *quando ex facto tut.* (26. 9.) L. 61. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(1) Caj. I. 194. 196., Ulp. XI. 28.; pr. § 1. 3. 4. J. *quib. mod. tut. fin.* (1. 22.) L. 14. pr. D. *de tut.* (26. 1.) L. 2. D. *de leg. tut.* (26. 4.) L. 4. pr. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 1. pr. D. *de cur. fur.* (27. 10.) L. 6. C. *eod.* (5. 70.) L. 5. C. *de auct. praest.* (5. 59.)

(2) § 4. J. *quib. mod. tut. fin.* (1. 22.)

(3) § 4. J. cit.; Ulp. XI. 9.; L. 2. D. *de leg. tut.* (26. 4.)

(4) Nov. 118. c. 5. V. § 134.

(5) V. sopra § 101. Nota 8.

termine o una condizione (6). 4) La dimissione dalla tutela (7), la quale però non è permessa che nel caso che il tutore siasi gravemente infermato o impoverito (8), o debba partire per servigio dello Stato (9), o sia stato ammesso nel *Consilium principis* (10), o col consenso del Sovrano abbia cambiato il suo domicilio (11). 5) La destituzione del tutore *remotio tutoris* s. *curatoris tamquam suspecti* (12), la quale si dee pronunziar dal magistrato (13), quando vi è un fondato sospetto d'incapacità o di cattivà volontà (14), quantunque niuno la provochi (15); ciascuno poi, ad eccezione del pupillo, ha la facoltà di provocarla (16), anzi un contutore vi è obbligato, allorchè si accorge di una causa di destituzione (17). Sulla verità delle cause di destituzione deve farsi una inquisizione, ed il tutore debb'essere invitato a giustificarsi (18). Durante questa inquisizione si dee sospendere il tutore e nominare un curatore provvisorio (19). Se ha luogo la destituzione per causa di dolo essa è infamante (20); ma se durante l'inquisizione si estingue la tutela per qualche altra causa, non si parla più di destituzione, e per conseguenza non s'incorre nell'infamia (21). Del resto, tranne il caso della destituzione, anche dopo finita la tutela i tutori e i loro eredi maschi se han la debita età, son tenuti di continuare gli affari, finchè il conto sia reso, ed il patrimonio sia regolarmente consegnato (22).

(6) § 2. 5. J. *eod.*
(7) § 6. J. *eod.*
(8) § 6. J. *de excus.* (1. 25.) L. 7. L. 12. pr. L. 40. D. *eod.* (27. 1.)
(9) § 2. J. *quib. mod. tut.* (1. 22.) L. 11. § 2. D. *de minor.* (4. 4.)
(10) L. 11. § 2. D. *cit.* L. 30. pr. D. *de excus.* (27. 1.)
(11) L. 12. § 1. D. *eod.*
(12) § 6. J. *quib. mod. tut. fin.* (1. 22.) § 2. J. *de susp. tut.* (1. 26.)
(13) § 1. J. *eod.* L. 1. § 3. 4. D. *eod.* (26. 10.)
(14) § 5. J. *eod.* L. 3. § 12. 18. L. 4. § 4. L. 7. § 3. L. 8. D. *eod.*
(15) L. 3. § 4. D. *eod.*
(16) § 3. 4. J. *eod.* L. 1. § 6. 7. pr. D. *eod.* L. 6. C. *eod.* (5. 43.)
(17) L. 3. § 2. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 5. D. *de susp. tut.* (26. 10.) L. 1. § 13-15. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 1. C. *si tut. non gess.* (5. 55.)
(18) L. 6. D. *ubi pupillus* (27. 2.)
(19) § 7. J. *de susp. tut.* (1. 26.) L. 7. C. *eod.* (5. 43.)
(20) § 6. J. *eod.* L. 9. C. *eod.* L. 3. § 18. L. 4. pr. § 1. 2. D. *eod.*
(21) § 8. J. *eod.* L. 11. D. *eod.* L. 1. C. *eod.*
(22) L. 5. § 6. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. pr. D. *de fidejuss. tut.* (27. 7.) L. 27. D. *de appell.* (49. 1.) L. un. § 1. D. *si pend. appell.* (49. 13.) L. un. C. *causae post. pub.* (5. 48.)

8) *De' dritti e delle azioni che risultano dalla tutela.*

A. Per rispetto ai tutori.

§ 147. Diverse azioni tra il pupillo ed il tutore o i loro eredi possono derivare dalla tutela.

1.° A cagione del contratto che si finge intervenir nella tutela (1) 1) il pupillo e i suoi eredi hanno contro il tutore e i suoi eredi l'*actio tutelae directa* (2), azione infamante (3), la quale veramente da principio poteva intentarsi solo contro i tutori (4), ma di poi *utiliter* fu ammessa anche contro i curatori (5), ma però sempre non si può promuovere che dopo finita la tutela del convenuto (6). Essa tende A. alla resa del conto (7); B. alla restituzione del patrimonio, ed in generale di tutto ciò che il tutore ha acquistato pel pupillo, o col patrimonio del medesimo (8), nel che l'attore ha la facoltà di abbandonare al convenuto i capitali impiegati, e di richiedere il semplice pagamento del loro ammontare (9); C. al ristoro di tutti i danni cagionati dal fatto o dalla negligenza del tutore (10), i quali danni in caso di dolo o di *culpa lata* possono esser valutati mediante il *juramentum in litem* (11); D. Al rimborso de' crediti perduti, in quanto il tutore ne è risponsabile (12); E. ed agl' interessi del danaro che non si è debitamente impiegato, o che il tutore ha speso a suo vantaggio (13). Intanto gli eredi

(1) V. sopra § 143.

(2) L. 1. pr. § 16. 17. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 1. L. 4. L. 8. D. *de fidej. tut.* (27. 7.) L. 12. C. *arbitr. tut.* (5. 51.)

(3) L. 1. pr. D. *de his qui not.* (3. 2.) L. 42. D. *de* V. S. L. 1. C. *si tut. non gess.* (1. 55.)

(4) L. 4. § 3. D. *de tut. act.* (27. 3.)

(5) Rubrica D. *de tutelae et utili curationis causa actione* (27. 3.) L. 25. D. *eod* L. 1. § 2. D. *de contr. tut. jud.* (27. 4.) L. 33. D. *de furt.* (47. 2.) L. 3. C. *arbitr tut.* (5. 51.) L. 2. C. *de hered. tut.* (5. 54.)

(6) L. 1. § 24. L. 4. pr. L. 7. § 1. L. 8. L. 9. § 2-5. D. *de tut. act.* (27. 3.)

(7) § 7. J. *de Atil. tut.* (1. 20.) L. 1. § 3. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 8. § 1. D. *de fidejuss. tut.* (27. 7.)

(8) L. 2. D. *quando ex facto tut.* (26. 9.) L. 1. L. 3. L. 9. L. 13. C. *arbitr. tut.* (5. 51.) L. 4. C. *de hered. tut.* (5. 54.)

(9) L. 16. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(10) L. 7. pr. § 1-3. L. 33. pr. D. *eod.* L. 1. pr. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 8. D. *de fidejuss. tut.* (27. 7.) L. 1. L. 7. C. *arbitr. tut.* (5. 51.)

(11) L. 1-5. C. *de in litem, jur.* (5. 53.)

(12) V. sopra § 144. n. IV.

(13) V. sopra § 144. n. III.

del tutore in quanto al ristoro del danno rispondono solamente per la colpa grave del loro autore, quando non siasi di già contro lui intentata la lite (14). Se vi sono più tutori A. ciascuno può sempre esser convenuto in quanto pel suo fatto o per la sua omissione si sia renduto colpevole (15). B. Più colpevoli relativamente a un danno sono solidalmente risponsabili senza aver rispettivamente un regresso (16), e son tenuti come colpevoli nelle omissioni tutti coloro che aveano la facoltà e l'obbligo di agire (17). C. Egualmente va la cosa quando più hanno amministrato in comune, i quali veramente da prima godevano del dritto della divisione (18), ma dopo Carino ciascuno può esser convenuto per l' intero, ed il medesimo Carino dichiarò che si dovesse ritener come comune l'amministrazione, quando la divisione degli affari o il conferimento dell'amministrazione ad un solo fosse seguito soltanto per volontario accordo (19). Non pertanto in questo caso il convenuto può pretendere la cessione delle azioni (20), presupposto che egli la domandi prima di effettuare il pagamento (21). D. Ma in caso di bisogno, in quanto non si possa ottenere piena soddisfazione dai colpevoli, e loro eredi e fidejussori, ha luogo l'*actio tutelae* anche contro gli altri contutori che nè sono colpevoli nè hanno amministrato in comune con quelli (22), quantunque in ciò abbiano luogo alcune differenze (23). 2) Al contrario spetta (24) al tutore ed a' suoi eredi, ed anche utiliter al curatore (25) l'*actio tutelae contraria*, la quale parimente non h[a]

(14) L. 39. § 6. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 8. § 1. *de fidej. tut.* (27. 7.) L. 4 D. *de mag. conv.* (27. 8.) L. 17. C. *de neg. gest.* (2. 19.) L. 1. C. *de hered. tut* (5. 54.)

(15) L. 46. § 6. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 12. D. *rem. pup. salv. fore* (46. 6.) L. 6. C. *arbitr. tut.* (5. 51.) L. 2. L. 3. C. *de divid. tut.* (5. 52.)

(16) L. 1. § 14. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 1. C. *de peric. tut.* (5. 38.)

(17) L. 38. L. 39. § 11. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 4. C. *de hered. tut.* (5. 54.) L. 2. C. *si tut. non gess.* (5. 55.)

(18) L. 1. § 11. 12. D. *de tut. act.* (27. 3.)

(19) L. 2. C. *de divid. tut.* (5. 52.)

(20) L. 22. C. *cit.* L. 6. C. *arbitr. tut.* (5. 51.)

(21) L. 1. C. *de contr. jud. tut.* (5. 58.) L. 76. D. *de solut.* (46. 3.) Confr. con 1. § 13. 18. D. *de tut. act.* (27. 3.)

(22) L. 3. § 2. L. 14. L. 39. § 1. L. 46. § 6. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1 15. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 2. L. 5. D. *de mag. conv.* (27. 8.) L. 4. § 3. L. D. *rem. pup. salv. fore* (46. 6.) L. 1. C. *de peric. tut.* (5. 38.) L. 6. C. *arbitr. t* (5. 57.) L. 2. L. 3. C. *de div. tut.* (5. 52.) L. 1. C. *si tut. non gess.* (5. 55.)

(23) V. § 149. Nota 5-7.

(24) L. 1. § 2. D. *de contr. tut. jud.* (27. 4.)

(25) L. 1. § 3. D. *eod.*

luogo che dopo finita la tutela (26), ma non è infamante (27); con essa può domandarsi il rimborso delle spese (28), la liberazione dalle obbligazioni assunte (29) ed il pagamento dell' onorario, quando sia stato assicurato (30).

2.° Un curatore può esser considerato anche come uno che fa gli affari senza mandato *negotiorum gestor*, e per conseguenza anche durante la cura può esser convenuto con l'*actio negotiorum gestorum* (31), meno però per la resa del conto (32), ma egli da sua parte può egualmente intentare l'*actio negotiorum gestorum contraria* per essere indennizzato (33).

3.° Se il tutore nel restituire il patrimonio ha sottratto qualche cosa, ciò va compreso certamente nell'*actio tutelae*, nondimeno un senatoconsulto sotto Settimio Severo introdusse anche contro il tutore un'azione propria per delitto l'*actio de rationibus distrahendis* tendente ad ottenere il doppio (34). Quando un' operazione dannosa del tutore cade sotto la nozione di un delitto particolare, competono anche le azioni che da esso risultano (35), mentre al contrario le azioni che risultano dalla tutela non si applicano ad altre pretese indipendenti dalla tutela (36).

B. Per rispetto ai terzi.

§ 148. In più casi oltre de' tutori sono risponsabili verso i pupilli anche altre persone.

1.° Se il tutore sta ancora sotto la patria potestà, l' *actio tutelae* o *negotiorum gestorum* che si può far valere contro di lui, in alcune circostanze ha luogo anche contro il padre (1): 1) limitamente come *actio*

(26) L. 1. pr. D. *de his qui not. infam.* (3. 2.)
(27) L. 1. pr. L. 3. § 9. L. 5. D. *de contr. tut. jud.* (27. 4.)
(28) L. 3. L. 4. D. *eod.* L. 33. § 3. D. *de adm. tut.* (26. 7.) § 2. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.)
(29) § 2. J. cit. L. 6. D. *de contr. tut. jud.* (27. 4.)
(30) L. 1. § 6. 7. D. *eod.* L. 9. § 6. L. 33. § 3. D. *de adm. tut.* (26. 7.)
(31) L. 26. D. *eod.* L. 4. § 3. L. 16. § 1. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 7. C. *arbitr. tut.* (5. 51.)
(32) L. 4. C. *de adm. tut.* (5. 37.)
(33) L. 3. § 5. D. *de negot. gest.* (3. 5.)
(34) Paul. S. R. II. 30.; L. 1. §. 19-24. L. 2. D. *de tut. act.* (27. 3.)
(35) L. 1. § 22. L. 2. § 1. D. *eod.* L. 33. D. *de furt.* (47. 2.)
(36) L. 5 D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 1. § 5. 6. D. *de contr. tut. jud.* (27. 4.). Non si oppone la L. 5. § 4. D. *de adm. tut.* (26. 7.)
(1) L. 1. C. *quod cum. eo qui in al. pot.* (4. 26.)

de peculio quando il padre gli ha dato un peculio, fino a concorrenza del medesimo (2), e come *actio de in rem verso*, quando egli ha operato a vantaggio del padre, per tutto ciò di cui questi si è arricchito (3); 2) illimitatamente poi quando egli è divenuto decurione col consenso di suo padre (4), e quando il padre ha dichiarato di voler riguardare la tutela conferita al figlio come a lui medesimo affidata (5).

2.° Se un tutore ha dato de' fidejussori, questi e i loro eredi possono esser convenuti con l'*actio ex stipulatu* (6), essi però possono portare a discarico ciò che spetta al tutore per onorari e spese (7). Prima di Giustiniano stava al pupillo la scelta se si voleva dirigere in prima contro il tutore o contro i fidejussori (8), solo non poteva convenir questi ultimi fino a che non avesse potuto agire anche contro il tutore (9), ma secondo il disposto di Giustiniano il fidejussore non è tenuto a pagarese non quando non si può ottener la sodisfazione dal tutore (10). Più fidejussori godono dopo Adriano del beneficio legale della divisione (11). Son riguardati anche come fidejussori 1) gli *Affirmatores*, cioè coloro che aveano positivamente assicurato il magistrato della idoneità di un tutore da nominarsi (12), 2) i *Postulatores*, cioè coloro che avean chiesto la destinazione di un tutore o curatore (13), quando o senza facoltà aveano domandato un curatore per un minore (14), o ne aveano richiesta la destinazione a loro rischio, il che solamente non obbliga le donne, ad eccezione della madre del pupillo, in quanto siasi pronunziata la sua ri-

(2) L. 7. D. *de tutelis* (26. 1.) L. 21. L. 37. § 2. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 11. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 1. C. *cit.*

(3) L. 21. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. C. *cit.*

(4) L. 1. C. *cit. Confr.* L. 3. § 13. D. *de pecul.* (15. 1.)

(5) L. 7. D. *de tutelis* (26. 1.) L. 21. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(6) L. 3. L. 6. L. 7. D. *de fidejuss. tut.* (27. 7.)

(7) L. 5. D. *eod.*

(8) L. 1. L. 2. C. *eod.* (5. 57.). Si ha naturalmente una eccezione quando i fidejussori espressamente non si sono obbligati che *in subsidium* pel residuo L. 7. D. *de fidej. tut.* (27. 7.)

(9) L. 1. L. 4. § 4-7. D. *rem pup. salv. fore* (46. 6.)

(10) Nov. 4. c. 1.

(11) § 4. J. *de fidejuss.* (3. 20.) L. 6. L. 7. D. *de fidejuss. tut.* (27. 7.) L. 12. D. *rem pup. salv. fore* (46. 6.)

(12) L. 4. § 3. D. *de fidejuss. tut.* (27. 7.) Confr. L. 1. § 3. D. *de mag. conv.* (27. 8.)

(13) L. 2. D. *de fidej. tut.* (27. 7.)

(14) L. 2. § 5. D. *qui pet. tut.* (26. 6.)

sponsabilità nel decreto di nomina (15). 3) i *Nominatores*, cioè quelli che hanno presentato il tutore col mezzo della *potioris nominatio*(16).

3.° Da un Senatoconsulto sotto Trajano (17) fu introdotta contro più persone un' *actio tutelae subsidiaria s. utilis* (18), alla quale si applicano per analogia i principi della propria *actio tutelae* (19), ma essa ha luogo soltanto quando per le azioni contro i tutori, e i loro padri e fidejussori non si può ottenere una piena soddisfazione(20). 1) Quest' azione nella sua originaria applicazione si dava non contro i magistrati superiori che sopraintendevano alle tutele (21), ma contro i magistrati municipali, i quali avessero trascurato di nominare i tutori (22), o di prender cura che si desse una sicurtà sufficiente (23), ovvero avessero proposto ai magistrati superiori de' tutori non idonei (24), o richiesti sulla idoneità di un tutore lo avessero garentito (25). Quando un magistrato colpevole sta ancora sotto la patria potestà, l'azione è ammessa anche contro il padre di lui (26), e se un tutore ha dovuto pagare per un suo contutore che non ha dato sicurtà ne'casi in cui avrebbe dovuto darla, egli può anche intentar l'azione contro il magistrato (27). Quando più magistrati sono colpevoli, in caso di dolo, sono solidalmente risponsabili, altrimenti ciascuno risponde per una parte, finchè gli altri vivono e son solvibili (28). Ma se un solo ha assunto sopra di

(15) L. 3. C. *si mater indemn. prom.* (5. 46.); Paul. S. R. II. 11. § 2. Confr. con L. 1. C. *eod.* L. 6. § 2. D. *ad Sct. Vellej.* (4. 29.)

(16) L. D. *de fidej. tut.* (27. 7.) L. 11. § 1. D. *ad munic.* (50. 1.). Ben altra significazione ha *Nominator* nella L. 4. L. 5. D. *de mag. conv.* (5. 75.)

(17) L. 5. D. *de mag. conv.* (5. 75.) L. 2. D. *eod.* (27. 8.)

(18) § 2. J. *de satisd. tut.* (1. 24.) L. 1. pr. § 4. D. *de mag. conv.* (27. 8.) L. 1. L. 5. D. *eod.* (5. 75.). Presso Theoph. I. 24. § 2. quest' azione vien dinotata come un *actio in factum*.

(19) L. 9. D. *eod.*

(20) L. 1. L. 4. L. 5. C. *eod.* § 2. J. *de satisd. tut.* (1. 24.) L. 5. D. *de confirm. tut.* (26. 3.) L. 46. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(21) L. 1. § 1. D. *de mag. conv.* (27. 8.)

(22) L. 1. § 6. 7. D. *eod.* L. 2. § 5. D. *ad munic.* (50. 1.)

(23) L. 1. pr. § 2. 11. 12. 13. L. 2. D. *de mag. conv.* (27. 7.) L. 53. D. *de adm. tut.* (26. 7.) § 2. J. *de satisd. tut.* (1. 24.)

(24) L. 1. § 3. D. *de mag. conv.* (27. 3.) L. 4. L. 5. C. *eod.*

(25) L. 1. § 2. 3. D. *eod.*

(26) L. 1. § 17. D. *eod.* L. 3. § 13. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 2. § 5. D. *ad munic.* (50. 1.)

(27) L. 2. L. 3. D. *de mag. conv.* (27. 8.)

(28) L. 7. L. 8. D. *eod.*; Rescriptum Claudii Quartini in *Terrasson* Histoire du droit Romain. Adp. p. 44.

se il pericolo, egli deve in prima esser convenuto (29). 2) Ma per le estensioni posteriori quest'azione ha luogo eziandio contro colui che fu dal magistrato incaricato di esaminare la fidejussione di un tutore, secondo un Rescritto di Adriano (30), contro gli eredi de' magistrati municipali (31) per effetto di un Rescritto di Antonino Pio (32), e contro i Decurioni, quando essi han l'obbligo di provvedere alle tutele (33).

4.° Da ultimo può il pupillo rivolgersi anche contro coloro che hanno acquistato qualche cosa dal patrimonio del tutore 1) con l'*interdictum fraudatorium*, quando le cose sono state dolosamente alienate dal tutore per recar pregiudizio al pupillo (34), 2) negli altri casi, con l'*actio hypothecaria* (35) ma solo dopo che tutte le persone obbligate sono state escusse (36). Del resto i crediti de' pupilli per cagione di tutela nel concorso sui beni delle persone obbligate sono sempre privilegiati (37).

C. Ordine nella risponsabilità.

§ 149. Se non è stato dato alcun tutore, allora non si tratta che di convenire i magistrati, che aveano questo incarico (1). Ma quando vi sono de' tutori, allora si debbono convenire 1) primamente i tutori colpevoli e i loro eredi, come pure i loro padri quando son risponsabili, e coloro al quale essi per diminuire la garentia del pupillo hanno dolosamente alienato qualche cosa dal loro patrimonio (2). 2) I fidejussori di un tutore rispondono solo dopo lui e i suoi eredi (3), ma non possono pretendere i fidejussori che sieno anche convenuti prima il padre del tutore, o i contutori solidalmente obbligati. 3) Lo stesso vale per gli *Affirmatores*, *Postulatores*, e *Nominatores*, i quali però rispondono dopo i fidejussori propriamente detti (4). 4) Di poi vengono i contuto-

(29) L. 1. § 9. D. *eod.*
(30) L. 1. § 8. D. *eod.* L. 6. C. *eod.*
(31) § 2. J. *de satisd. tut.* (1. 24.) L. 4. L. 6. L. 8. D. *de mag. conv.* (27. 7)
(32) L. 6. D. *eod.*
(33) L. 1. C. *de tut. illustr.* (5. 33.) V. sopra § 138. Nota 26.
(34) L. 1. C. *de mag. conv.* (5. 75.) Confr. con L. 67. § 1. 2. D. *ad Sct. Trel* (36. 1.) L. 96. pr. D. *de solut.* (46. 3.); L. 1. C. Th. *de integr. rest.* (2. 16.)
(35) L. 20. C. *de adm. tut.* (5. 37.)
(36) Nov. 4. c. 2.
(37) L. 19. § 1. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)
(1) L. 1. § 6. 7. D. *de mag. conv.* (27. 8.) L. 2. § 5. D. *ad munic.* (50. 1.)
(2) L. 1. C. *de magistr. conv.* (5. 75.)
(3) Nov. 4. c. 1.
(4) L. 11. D. *ad munic.* (50. 1.) L. 2. C. *quo quisque ordine* (11. 35.)

ri innocenti, i quali han trascurato d'insistere per la prestazione de' fidejussori o per la destituzione del tutore colpevole (5). 5) Quindi si viene ai magistrati e loro eredi, ed ai padri (6), in quanto essi sieno in generale sottoposti a risponsabilità (7), 6) dipoi ai contutori, ai quali non si possa neppure rimproverare quella negligenza che di sopra si è detta (8), e 7) da ultimo ai semplici terzi possessori delle cose del debitore (9).

9) *De' falsi tutori* (*).

§ 150. Se alcuno o per errore o per altra ragione vuol far da tutore senza esser tale, ognuno col quale egli per tal mezzo si fa a trattare gli può opporre l'eccezione di mancanza di facoltà (1), ma se ha già trattato qualche affare, allora l' *actio tutelae* ha sempre luogo contro di lui come contro un vero tutore (2), purchè però sia stata possibile la tutela (3), ed in ciò egli è assolutamente risponsabile per la *culpa levis* (4), ma per le omissioni non è risponsabile, se non quando pel suo immischiarsi ha impedito la nomina del tutore o l'amministrazione di lui (5). Dall'altro lato poi egli può anche valersi dell' *actio tutelae contraria* (6). Se egli ha fatto de' negozi civili pel pupillo o se con la *auctoritatis interpositio* gli ha confermati, dipende dal pupillo, il lasciarli valere o no (7). Quegli poi che ha trattato col falso tutore rimane ob-

(5) L. 14. L. 46. § 6. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. § 15. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 5. D. *de mag. conv.* (27. 8.) Confr. con L. 11. D. *ad munic.* (50. 1.) L. 2. C. *quo quisque ord.* (11. 35.)

(6) § 2. J. *de satisd. tut.* (1. 24.) L. 5. D. *de confirm. tut.* (26. 3.) L. 46. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. L. 4. L. 5. C. *de magistr. conv.* (5. 75.)

(7) V. § 148. Nota 21-33.

(8) L. 46. § 6. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. § 15. D. *de tut. act.* (27. 3.)

(9) Nov. 4. c. 2.

(*) *Neustetel* nell' Archivio per la pratica civile vol. I. n. 18.

(1) L. 2. C. *de eo qui pro tut.* (5. 45.).

(2) L. 1. § 3. D. *de contr. tut.* (27. 4.) L. 1. pr. § 2-4. 7. 8. L. 4. D. *de eo qui pro tut.* (27. 5.) L. 19. § 1. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.) L. 55. § 3. D. *de furt.* (47. 2.) L. 1. C. *de eo qui pro tut.* (5. 45.)

(3) L. 1. § 6. D. *de eo qui pro tut.* (27. 5.)

(4) L. 55. § 3. D. *de furt.* (47. 2.)

(5) L. 39. pr. § 2. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. § 9 D. *de eo qui pro tut.* (27. 5).

(6) L. 5. D. *eod.* L. 1. § 3. D. *de contr. tut. jud.* (27. 4.)

(7) L. 2. D. *de eo qui pro tut.* (26. 5.) L. 1. § 5. D. *quod falso tut. auct.* (27. 6.) L. 14. § 2. L. 34. § 4. D. *de solut.* (46. 3.)

bligato; nondimeno può farsi restituire in intero contro l' affare chiuso, quando ignorava che il preteso tutore agiva senza facoltà. Oltre a ciò ad ognuno che per un impegno assunto col falso tutor risentito danno compete contro di lui un'*actio* in *factum* pretoria farsi indennizzare (9).

(8) L. 1. § 6. L. 2-6. D. *quod falso tut. auct.* (27. 6.)
(9) L. 7-11. D. *eod.*

PARTE SECONDA

IL DRITTO DELLE COSE

LIBRO SECONDO

DRITTO DEL PATRIMONIO

SEZIONE I.

DRITTO DELLE COSE

CAPITOLO PRIMO

DEL POSSESSO (*)

1. NOZIONE E REQUISITI.

§ 151. Il potere fisico di disporre di una cosa, che forma il fondamento materiale della proprietà, vien denominato possesso *possessio*, espressione figurata tolta in prestito dallo stare che alcuno fà sopra il suolo che per tal modo tiene in suo potere (1). Questo potere fisico di

(*) Savigny. Il dritto del possesso. Giessen 1803. 8. Sesta edizione migliorata ed accresciuta 1837. 8.; R. *Pfeiffer* che cosa sia, e che valga il possesso nel dritto Romano. Tub.1840. 8. La letteratura del possesso fino al 1837. trovasi in Savigny. Del rimanente a me pare che il luogo conveniente pel possesso nel sistema di dritto sia la parte che tratta del dritto sulle cose, ed è arbitrario il restringere il dritto sulle cose ai semplici dritti reali.

(1) L. 1. pr. D. *de adq. vel amitt. poss.* (41. 2.); Festo p. *Possessio*; Isidori Orig. IV. 13. Confr. 1. 115. D. de V. S. (50. 16.)

disporre può esser legittimo *possessio justa*, quando è fondato sulla proprietà o su qualche altro dritto di avere la cosa, e però al possessore appartiene anche il *jus possidendi*; ma esso può anche aver luogo come uno stato di fatto senza alcun dritto; *possessio injusta* (2). Diversa dal possesso illegittimo è la *possessio vitiosa*, per la quale s'intende solamente il possesso acquistato *vi*, *clam*, *precario*, senza che importi se si abbia sulla cosa stessa un dritto o no (3). Se il possessore si trova in buona fede stimando legittimo il suo possesso, il che sempre si presume quando l'acquisto nella forma è legale, il possesso vien detto *bonae fidei possessio*, altrimenti vien detto *malae fidei possessio* (4). Ma quantunque il possesso in se stesso nè presuppone un dritto nè lo contiene, pure la impossibilità di lasciar senza protezione uno stato così importante nella società civile, se non si voglia mettere in pericolo o piuttosto distruggere l' ordine pubblico, e di più l' utilità pratica che esso ha di non lasciar perpetuare l'incertezza e le contestazioni sopra relazioni una volta esistite, ed ancora la presunzione naturale del dritto, la quale milita in favore del possessore, dovunque un illegittimo possesso si dee riguardare come un' eccezione dalla regola, il che appunto avviene nello stato civile, hanno indotto ad annettere al possesso parecchi effetti civili, i quali han luogo prescindendo dal dritto del possessore. Per questo modo la nozione del possesso è venuta ad acquistare anche un elemento giuridico (5); esprime un rapporto giuridico che racchiude un complesso di dritti ed obbligazioni (6), e che in più circostanze viene ritenuto

(2) L. 13. § 1. D. *de Publ. act.* (6. 2.) L. 22. § 1. D. *de nox. act.* (9. 4.) L. 7. § 8. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 3. § 5. L. 11. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 3. pr. D. *uti poss.* (43. 17.) talvolta però *possessio justa* dinota anche quel possesso acquistato in una forma legale. *justo titulo* L. 7. § 3. D. *de Publ. act.* (6. 2.) L. 19. D. *qui potiores* (20. 4.)

(3) L. 6. L. 53. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 1. § 27-30. D. *de vi* (43. 16.) L. 1. pr. § 9. D. *uti possid.* (43. 17.) § 4. 6. J. *de interd.* (4. 15.); Festo l. c.; Terent. Eunuch. II. 3. v. 27. 28.

(4) L. 25. § 6. 7. D. *de hered. pet.* (5. 3.) L. 3. § 20. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 48. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.). R. A. R. Harnier Diss. *de probatione bonae fidei in praescriptionibus*. Cassel 1841. 8. impugna la presunzione della *bona fides*. Del rimanente qui non s' intende semplicemente di un modo acquisitivo della proprietà, come fondamento della presunzione stabilita nel testo, imperocchè anche il fittajuolo, l' usufruttario, ed in generale ogni detentore *alieno nomine* può esser possessore di buona fede, meno però per rispetto all'usucapione.

(5) L. 49. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) « Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere et possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et juris est » L. 10. C. *eod.* (7. 32.)

(6) Ma se per questo si vorrà chiamar dritto il possesso, come fa *Gans*, allora si po-

anche quando manca il potere immediato di disporre della cosa (7). Ma il *jus* civile, al quale i più antichi di quelli effetti si appartengono, non riconosce ogni possesso come tale, almeno per rispetto alla maggior parte di essi (8), ed a ciò si riferisce la distinzione di *possessio civilis* e *naturalis* s. *corporalis* (9). Quello è il possesso riconosciuto dal dritto civile, e quindi per regola, di quello s'intende parlare quando si trova nei fonti *possessio*, *possessor*, e *possidere* senz' altra aggiunta; per contrario questo dinota il semplice possesso corporale *tenere* s. *in possessione esse*, quando alcuno ha il *factum possessionis* s. *corpus* cioè una cosa fisicamente in suo potere, ma nondimeno secondo il dritto civile non vale come possessore (10). Per rispetto ai suoi effetti il possesso civile può convenientemente denominarsi *possesso giuridico*; ma in quanto ai suoi requisiti, esso è il possesso congiunto alla volontà di esser padrone, che una persona indipendente ha di una *res in commercio*, la quale separatamente sussiste di per se stessa; imperocchè il dritto civile impone quattro condizioni pel riconoscimento del possesso.

1.° Il possessore dee avere l' *animus possidendi* s. *sibi habendi*, s. *dominii*, cioè la determinata volontà di trattare la cosa come sua proprietà (11), giacchè non solo non è riguardato come possessore colui

trà anche bene chiamar dritto la parentela, il matrimonio, ed in generale ogni stato ed ogni rapporto al quale siano annessi dei dritti, il che porterebbe una confusione d' idee.

(7) L. 5. § 6. D. *ad exhib*. (10. 4.) L. 17. pr. D. *de adq. poss*. (41. 2.). Il possesso per mezzo di persone intermedie (V. le note 14. 18. 19.) è sempre una finzione positiva, comunque si voglia riguardare, e l' effetto posteriore dei dritti di possesso si manifesta anche quasi più chiaramente negli *interdicta recuperandae possessionis*.

(8) L. 24. L. 49. § 1. D. *de adq. poss*. (41. 2.)

(9) L. 3. § 15. D. *ad exhib*. (10. 4.) L. 2. § 1. D. *pro herede* (41. 5.) L. 1. § 9. D. *de vi* (43. 16.). Il mio articolo nell' Archivio per la pratica civile vol. XX. n. 2. Il concetto della *civilis possessio* esposto in quest' articolo è stato per verità combattuto spezialmente dal Savigny op. cit. Introduzione p. LV. seg.; ma nondimeno io persevero a riguardarlo come il solo esatto. Non è credibile che il *civiliter possidere*, e la *civilis possessio* non sia il contrapposto del *civiliter non possidere*, e la teorica ben determinata che noi troviamo intorno a colui che *civiliter non possidet* (Nota 13. 17. 26. 27.) non lascia luogo a dubitare che non si possa da ciò determinare chi sia il *civilis possessor*. Anche *Pfeiffer* op. cit. nella sostanza è di accordo su questo punto, e lo stesso è da dire del *Vangerow*. Pandette § 198.

(10) L. 38. § 10. D. *de usur*. (22. 1.) L. 11. D. *de adq. rer. dom*. (41. 1.) L. 1. § 1. L. 3. § 3. 13. L. 12. pr. L. 24. L. 29. L. 49. § 1. D. *de adq. poss*. (41. 2.) L. 38. § 7. 8. D. de V. O. (45. 1.) L. 22. § 1. D. *de precar*. (43. 26) L. 63. D. de V. S. (50. 16.)

(11) Theoph. II. 9. § 4. III. 29. § 2.; L. 3. § 1. 3. D. *de adq. poss*. (41. 2.); Savigny op. cit. § 9.

che non vuole avere affatto una cosa(12), ma neppure colui che h
tanto l'*animus alieno nomine detinendi*, cioè l'intenzione di ess
semplicemente per uno scopo transitorio e per un certo tempo il p
so di un altro (13), In tal caso quest'ultimo continua in senso leg
essere il possessore, ma egli allora possiede «*solo animo*» (14),
tre quell'altro, la cui posizione viene indicata dalle parole tecnic
tentio, *detentor*, *detinere*, si trova nel possesso corporale e qu
naturalis possessor (15).

2.° Di più il possessore dev'essere una persona indipendente. F
gamente dubitato se le persone morali potessero possedere, ma
mente fu ammesso (16); le persone però *alieni juris* son capaci s
to del possesso naturale ma non hanno il possesso civile (17). S
hanno acquistato il possesso corporale in una maniera lecita, d
possessore civile con tutti i dritti di un tal possessore quegli nel
testà del quale si trovano, anche quando egli nol sappia (18), il
applicabile anche per le cose appartenenti al *peculium profectitium*
e se ne faceva quistione solo per rispetto alle *uxores in manu* e
homines in mancipio, quantunque evidentemente senza una valid
gione (20); ma se la cosa è stata acquistata in un modo illecito,
soltanto essi hanno il possesso naturale, senza che vi sia alcun po
sore civile (21). A questi principi si appoggiava anche l'antica re

(12) L. 3. § 6. L. 17. § 1. D. *eod.*

(13) L. 9. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 6. § 2. D. *de precar.* (43. 26.) L. 3.
22. L. 52. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 5. § 1. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 1
9. D. *quod legat.* (43. 3.) L. 3. § 8. D. *uti possid.* (43. 17.) L. 10. § 5. D. *de*
rer. dom. (41. 1.); Fragm. Vat. § 90.; L. 3. C. *de praescr.* 30. ann. (7. 39.)

(14) Caj. IV. 153.; § 5. J. *de interd.* (4. 15.) L. 7. pr. D. *de damno inf.* (3
L. 3. § 12. L. 9. L. 10. § 1. L. 18. pr. L. 25. § 1. 2. L. 27. L. 30. § 6. D. *d*
poss. (41. 2.) L. 13. D. *de usurp.* (41. 3.)

(15) L. 12. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 28. § 10. D. *de usur.* (22. 1.)
§ 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 7. § 11. D. *comm. div.* (10. 3.)

(16) L. 1. § 22. L. 2. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 7. § 3. D. *ad exhib.* (10
Soltanto l'*hereditas jacens* si ritiene tuttora secondo il dritto nuovo come la posse
delle cose che vi appartengono L. 1. § 15. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.);

(17) L. 24. L. 49. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 38. § 7. 8. D. de V. O. (4
L. 18. D. *de* R. J. (50. 17.) L. 10. § 3. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.); C
89. 90.

(18) L. 1. § 5. L. 4. L. 24. L. 34. § 2. D. *de adq. poss.* (41. 2.); Caj. II, 8

(19) L. 4. L. 49. § 1. D. *eod.* L. 44. § 4. 7. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 58.
D. *de furt.* 47. 2.) pr. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.)

(20) Caj. II. 90. Confr. L. 26. pr. D. *de don. inter.* V. et U. (24. 1.)

(21) L. 24. D. *de adq. poss.* (41. 2)

inter vir a marito donatae civiliter non possidet. Siccome l'invalidità delle donazioni tra i conjugi derivava dall'antica *in manum conventio* ed era nella natura stessa delle cose, giacchè la moglie non avea nulla da poter dare, e poteva formarsi soltanto un peculio profettizio, se il marito le dava qualche cosa, così qui s'intende da se che la moglie otteneva solo il possesso naturale delle cose donate, ma il marito rimaneva possessore civile. Dopochè l'invalidità di quelle donazioni fu trasportata anche al matrimonio libero, si applicò quella regola per una strana conseguenza anche a questo caso, anzi si estese anche alle donazioni della moglie al marito (22), finchè finalmente al tempo de' giureconsulti classici fu riconosciuto che quella regola nel matrimonio libero ripugnava alla natura delle cose, e però fu attribuito al conjuge donatario e quindi anche alla moglie il pieno possesso civile (23). Per simiglianti ragioni l'esclusione degli *homines alieni juris* dal possesso civile in quanto al proprio patrimonio de' figli sotto la patria potestà fu in loro favore abolita, ciò veramente fu espresso solamente per rapporto al peculio castrense (24), ma lo stesso si deve ammettere pel rimanente patrimonio de' figli (25).

3.° L'oggetto del possesso dev'essere una cosa che sta in commercio. Chi ha in suo potere un uomo libero o una cosa che non è in commercio è un semplice possessore naturale, ma civilmente non è riguardato come possessore (26).

4.° Finalmente la cosa non dev'esser posseduta semplicemente come una parte congiunta ed incorporata con un altra cosa *juncta pars rei civiliter non possidetur* (27). Nondimeno questa proposizione non si

(22) L. 26. pr. L. 46. D. *de don. inter.* V. et U. (24. 1.) L. 1. § 4. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 1. § 2. D. *pro donato* (41. 6.)

(23) L. 1. § 4. L. 16. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 26. pr. D. *de don. inter.* V. et U. (24. 1.) L. 1. § 10. D. *de vi* (43. 16.) L. 1. § 2. D. *pro don.* (41. 6.). Solo, l'usucapione delle cose donate non potea aver luogo per la mancanza della necessaria *bona fides* L. 1. § 2. D. cit., eccetto per le cose altrui; L. 3. D. *eod.* L. 25. D. *de don. inter* V. et U. (24. 1.) Confr. con L. 5. § 16. D. *eod.* V. il mio articolo citato p. 35. seg.

(24) L. 4. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 18. § 4. L. 4. § 1. D. *de castr. pec.* (49. 17.) Confr. con L. 2. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 6. § 13. D. *de injusto.* (28. 3.)

(25) Anzi anche il così detto *peculium adventitium ordinarium* può formare un eccezione, imperocchè il padre come usufruttuario non può avervi che il possesso naturale L. 12. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.) Confr. con L. 5. § 1. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 1. § 8. 9. D. *quod legat.* (43. 3.) L. 10. § 5. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(26) L. 23. § 2. L. 30. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) Confr. con Caj. II. 48. L. 9. L. 45. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 34. D. *de stipul. serv.* (45. 3.) L. 3. C. *de praescr.* l. t. *quae pro lib. oppon.* (7. 22.)

(27) L. 7. § 1. 2. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 23. pr. § 2. D. *de usurp.* (41. 3.)

vuol intendere illimitatamente (28), giacchè solo in due rapporti gli effetti del possesso cessano per una cosiffatta unione (29); mentre in generale non monta a nulla se si possegga una cosa separatamente per se, o congiunta con altre come un tutto. Intanto oltre delle condizioni positive del possesso civile ce ne ha ancora delle altre che son poste nella natura medesima del possesso, e che per conseguenza riguardano anche il possesso naturale. Non è possibile di possedere una parte indeterminata di una cosa *possessio partis incertae* (30) egualmente che non è possibile un possesso indipendente di più persone sulla medesima cosa *possessio plurium in solidum* (31). Ma può bene possedersi una parte determinata di una cosa, il che veramente per le cose mobili presuppone un' effettiva separazione di questa parte dal rimanente (32), ma per gl'immobili al contrario, perchè l'assegnazione de' limiti è arbitraria, il possesso si estende tanto quanto il *factum possessionis* e l'*animus possidendi* (33). Ancora più persone possono possedere in comune, e ciò in due guise (34): A. quando uno ha il possesso civile, ed un altro esercita per lui il possesso naturale (35), B. quando più persone insieme hanno ottenuto il possesso naturale, e la loro intenzione di possedere cade solamente sopra una parte ideale *pars pro indiviso*, cosicchè esse si riconoscono reciprocamente come possessori, il che addimandasi *compossessio*, e può incontrarsi tanto nella semplice detenzione (36), quanto nel possesso civile (37).

(28) Per la revindicazione, L. 6. L. 7. § 1. 2. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 23. § 2-6. D. *de rei vind.* (6. 1.) § 29. J. *de rer. div.* (2. 1.) e per l' usucapione, L. 23. § 7. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 7. § 11. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 23. pr. § 2. D. *de usurp.* (41. 3.), ma per quest' ultima neppur sempre L. 30. § 1. D. *eod.*

(29) V. in generale Sintenis nell' Archivio per la pratica civile vol. XX. n. 4.

(30) L. 3. § 2. L. 26. L. 43. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 32. § 2. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 4. D. *pro emptore* (41. 4.)

(31) L. 5. § 15. D. *commod.* (13. 6) L. 3. § 5. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 19. pr. D. *de precar.* (43. 26.)

(32) L. 8. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 40. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 6. D. *de donat.* (39. 5.)

(33) L. 8. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 26. L. 43. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 2. § 6. L. 7. § 1. D. *pro emptore.* (41. 4.)

(34) Alcuni Giureconsulti Romani volevano ammettere anche più casi di un possesso contemporaneo, ma ciò non ebbe voga. L. 3. § 5. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 3. pr. D. *uti possid.* (43. 16.) L. 19. pr. D. *de precar.* (43. 26.)

(35) V. la nota 14. 18. 19.

(36) L. 5. § 15. D. *commod.* (13. 6.) L. 12. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.* (42. 5.) L. 7. § 8. D. *comm. div.* (10. 3.)

(37) L. 8. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 25. pr. D. *de usur.* (22. 1.) L. 5. pr. D. *de*

II. EFFETTI.

1) *In generale.*

§ 152. Gli effetti civili del possesso pel possessore sono in parte vantaggi e dritti, ed in parte obbligazioni e pesi.

1.° Agli ultimi appartiene 1) che il possessore dee sopportare i balzelli e le tasse imposte sulla cosa, *munera rerum*, il qual peso, secondo un rescritto di Marc-Aurelio e Lucio Vero si estende anche agli arretrati di un possessore precedente (1), ma riguarda solo il possessore civile in quanto delle particolari relazioni giuridiche non lo abbiano addossato al detentore (2), e 2) che egli può esser convenuto con tutte le azioni dirette contro il possessore (3), essendo indifferente se egli abbia il possesso civile o il semplice possesso naturale (4), quantunque secondo il dritto antico le *rei vindicationes* si dessero solamente contro il possessore civile (5). Pertanto nelle rivindicazioni importa anche se il convenuto non possegga la cosa se non come congiunta ad un altra; giacchè allora si deve in prima con l'*actio ad exhibendum* domandarne la separazione (6), ed allorchè questa non è possibile, si può pretendere solamente l' indennità (7), il che veramente come derivazione del principio *juncta pars rei civiliter non possidetur* avrebbe dovuto cessar di valere dopochè fu ammessa la rivendicazione contro i semplici possessori naturali, ma a cagione del costume romano di portar le cose mobili rivendicate innanzi al magistrato (8), fu conservato (9).

2.° Per contrario come vantaggi e dritti del possesso, *commoda et*

Carbon. ed. (37. 10.) L. 26. D. *de adq. poss.* (41. 2.). Non si oppone la L. 32. § 2. D. *de usurp.* (41. 3.)

(1) L. 7. pr. D. *de publican.* (39. 4.). Una restrizione fatta da Onorio si contiene nella L. 7. C. *de censibus.* (11. 53.)

(2) Per esempio nell' *ususfructus*, veggasi il § 182. Nota 5. e 6.

(3) V. sopra § 60.

(4) L. 3. § 15. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 9. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(5) L. 9. D. cit.

(6) L. 6. L. 7. § 1. 2. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 23. § 5. *de rei vind.* (6. 1.).

(7) § 29. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 23. § 2-6. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 1. pr. D. *de tigno juncto* (47. 3.)

(8) V. Sopra § 64. Nota 12.

(9) Siccome la nostra pratica non richiede più che si porti in giudizio la cosa reclamata, così è manifesto che è ben conseguente quando dichiara anche non necessaria una precedente *actio ad exhibendum* per la separazione della cosa, imperocchè il convenuto ha tuttavia il possesso naturale anche sulla cosa congiunta.

jura possessionis si possono specialmente allegare i seguenti: 1) Il possessore ha il dritto della propria difesa contro un attentato di autorità privata commesso sulla cosa posseduta, il che certamente non richiede un possesso civile, ma bensì presuppone che il possesso non sia una *possessio vitiosa* (10); 2) Nella controversia sulla cosa spetta all'avversario di far da attore (11), ed egli ha sempre la preferenza se l' avversario non giustifica un dritto migliore (12); 3) Al possessore di buona fede appartengono i frutti della cosa anche quando la proprietà appartiene ad un altro (13); e 4) Ogni possessore in caso di rivendicazione della cosa ha dritto al rimborso delle spese, nel che però si hanno a fare parecchie distinzioni (14); 5) Il possesso civile in diverse applicazioni è condizione parte dell'acquisto (15), e parte della durata della proprietà (16); 6) Esso è anche una causa di acquisto della proprietà, giacchè se è continuato per un certo spazio di tempo, può menare alla proprietà, il che dicesi *usucapio*, ma presuppone però alcune speciali condizioni (17), il concorso delle quali lo eleva a possesso idoneo all' usucapione, *possessio ad usucapionem* (18), ma secondo la disposizione di un Pretore Publicio opera nel tempo stesso che 7) il possessore per regola anche prima che sia compiuta l' usucapione, se ha perduto il possesso, può (con l' *actio Publiciana*) rivendicare la cosa, come se già fosse proprietario (19); 8) Finalmente il possesso in molti casi da luogo agl' interdetti possessorii (20), e quando ciò avviene, si addimanda possesso idoneo agl' interdetti, *possessio ad interdicta* (21).

(10) L. 1. C. *unde vi* (8. 4.)

(11) § 2. J. *de act.* (4. 6.) § 4. J. *de interd.* (4. 15.) L. 1. § 6. D. *uti possid.* (43. 17.)

(12) § 4. J. *de interd.* (4. 15.) L. 5. pr. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 10. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 19. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 1. § 1. L. 2. D. *de Salv. interd.* (43. 33.) L. 128. D. de R. J. (50. 17.) L. 15. C. *de rei vind.* (3. 32.)

(13) V. appresso § 165. e 175.

(14) V. appresso § 161.

(15) V. appresso § 164. e 166.

(16) V. appresso § 172.

(17) V. appresso § 168. e 169.

(18) L. 1. § 15. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 16. D. *de usurp.* (41. 3.)

(19) V. appresso § 175.

(20) V. § 153. 154.

(21) L. 9. D. *de rei vind.* (6. 1.)

2) *Interdetti possessorii* : *A. pel possesso civile* : *a*) Interdicta recuperandae possessionis.

§ 153. L'editto pretorio per proteggere il possesso ha dato al possessore, fatta astrazione da un dritto sulla cosa, certi interdetti, i quali come derivazioni del possesso sono stati principalmente appellati interdetti possessorii (1), e la loro origine si può per lo meno riportare al sesto secolo di Roma (2). In generale essi competono solo al possessore civile (3); nondimeno ciò va soggetto a più eccezioni (4). Ma gl'interdetti possessorii sono di due specie, *interdicta retinendae*, *e recuperandae possessionis*. Gli ultimi son quì convenientemente anteposti ai primi (5). Da principio ve n'erano tre, i quali corrispondevano alle cause della *vitiosa possessio*, ma di essi non son rimasti che due (6):

1.° L'*interdictum de vi* (7), o *unde vi* (8), il quale 1) nella sua propria applicazione ha luogo soltanto quando alcuno è stato per grave violenza (9) cacciato *dejectus* (10) dal possesso di un immobile (11), e si dà solo contro l'autore che ha commesso la violenza o l'ha fatta

(1) V. sopra § 68. Presso l'Auctor rei agrar. ed. Goes. p. 41-57. Gl'interdetti possessorii per contrapposto all'*actio finium regundorum* son chiamati *judicia ordinaria*, perchè negl'interdetti decideva il *judex ordinarius*, e nelle quistioni di confini gli agrimensori erano nominati *extra ordinem*. V. la mia St. § 45. Nota 7.

(2) Non è verisimile che gl'interdetti possessorii fossero più recenti che l'*actio Publiciana*, la quale apparisce fin dal 6. secolo. Non vi è dubbio che la lex Cincia anno di R. 550. di già facea mensione dell'*interdictum utrubi* Fragm. Vat. § 293. 311., e che nella *lex Thoria*, che per verità è posteriore di 100. anni, s'incontra indubitatamente l'*interdictum de vi*. Del rimanente a prescindere da altre ragioni, anche Cic. *de lege agrar.* III. 3. ci fornisce la prova che gl'interdetti possessorii effettivamente ebber l'origine dall'Editto, e non appartennero all'antico *jus civile*.

(3) L. 9. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 1. § 8. L. 8. § 8. D. *uti poss.* (43. 16.) L. 7. D. *de precar.* (43. 24.)

(4) L. 1. § 9. D. *de vi* (43. 16.) V. § 155.

(5) Da ciò solo si può avere la retta intelligenza della *exceptio quod vi, clam, precario* negl'*interdicta retinendae possessionis*.

(6) V. Nota 32-34.

(7) *Savigny* op. cit. § 40.

(8) Questa denominazione è venuta dalle prime parole dell'Editto.

(9) Paul. S. R. V. 6. § 5. L. 1. § 3. 4. 6. 7. D. *de vi* (43. 16.) § 1. J. *de vi bon. rapt.* (4. 2.).

(10) L. 1. § 3. D. *de vi* (43. 16.)

(11) L. 1. pr. § 1. 2. 23. D. *eod.* Si ritiene ancora come espulsione quando alcuno invece di cacciar via il possessore lo ritiene preso e gl'impedisce la sua libertà L. 1. § 47. D. *eod.*

commettere ed i suoi eredi, ma non già contro i terzi, quando la cosa è già passata in altre mani (12). Quest'interdetto non si dà quando il possessore semplicemente per timore della violenza ha abbandonato il possesso (13), o quando è stato scacciato senza che abbia effettivamente perduto il possesso (14) (a). Per contrario quando il possesso è esercitato da un detentore, l'espulsione del detentore è pareggiata a quella del possessore civile medesimo (15), e se essa è avvenuta nell' assenza di quest'ultimo, allora, secondo una disposizione di Costantino può il detentore anche senza mandato agire per lui (16). Lo scopo dell'interdetto è la restituzione dell'immobile occupato (17) con tutte le cose mobili che vi si trovano (18) come pure de'frutti raccolti o che per negligenza non si son percepiti (19), ed il ristoro del danno arrecato (20). Se si agisce fra l'anno deve anche assolutamente esser rimborsato ciò che non può esser restituito (21). Dopo questo tempo, si può ottenere solamente ciò che il convenuto possiede tuttora (22), tranne quando il detentore sia stato scacciato nell'assenza del possessore (23), e gli eredi generalmente son risponsabili solo in quanto si sieno arricchiti o si sarebbero arricchiti se avessero agito senza dolo (24). In mancanza di altre pruove Zenone permise all'attore di valutare il danno sofferto col suo *juramentum in litem*, purchè la espulsione stessa fosse certa (25). Sotto un rapporto vi è differenza quando l'espulsione è avvenuta per forza d'armi

(12) L. 1. pr. § 12-15. 20. 21. L. 8. § 10-12. D. *eod.*

(13) L. 5. D. *eod.* L. 9. pr. D. *quod met. causa* (4. 2.) A combattere questo principio mirava principalmente il ragionamento di Cicerone per Cecina, imperocchè Cecina era fuggito da Ebuzio, senza aspettare che gli si usasse violenza effettiva. Nondimeno i Giureconsulti Romani non erano d' accordo intorno a questo punto; L. 33. § 2. D. *de usurp.* (41.3.)

(14) L. 1. § 29. 45. D. *de vi* (43. 16.) Paul. S. R. V. 6. § 4.

(15) L. 1. § 22. 24. 46. L. 3. § 7. D. *eod.*

(16) L. un. C. *si per vim.* (8. 5.)

(17) § 6. J. *de interd.* (4. 15.)

(18) L. 1. pr. § 32-39. D. *de vi* (43. 16.)

(19) L. 1. § 40. D. *eod.* L. 4. C. *unde vi* (8. 4.)

(20) L. 1. § 31. 41. L. 6. D. *eod.* L. 73. § 1. D. *de furtis.* (47. 2.)

(21) L. 1. pr. § 39. D. *de vi* (43. 16.) L. 2. C. *eod.* Confr. con L. 1. § 34-37. L. 6. L. 15. D. *eod.* L. 14. § 11. D. *quod met. causa* (4. 2.); Paul. S. R. V. 6. § 8.

(22) L. 3. § 1. D. *de vi* (43. 16.) L. 7. § 5. D. *comm. div.* (10. 3.)

(23) L. un. C. *si per vim.* (8. 4.) V. anche la Nota 35.

(24) L. 1. § 48. L. 2. L. 3. pr. L. 9. pr. D. *eod.* L. 11. C. *de adq. poss.* (7. 32.)

(25) L. 9. C. *unde vi* (8. 4.)

(a) Così p. e. se alcuno esercitando il possesso per mezzo di un procuratore sia cacciato dalla cosa posseduta non perde effettivamente il possesso, quando non sia scacciato anche quegli per cui mezzo possiede. Nota del Tr.

vi armata, o senza armi *vi non armata s. quotidiana*, giacchè nella violenza armata, la quale consiste nell'uso di qualunque istrumento pericoloso (26), l'interdetto si dà anche contro gli ascendenti ed i patroni, il che non avviene negli altri casi (27). Da principio vi erano anche delle altre differenze (28); imperocchè l'*interdictum de vi armata* era in tutta l'estensione un *interdictum perpetuum* (29), e nell' *interdictum de vi quotidiana* era ammessa l'eccezione che l'attore avesse precedentemente acquistato il suo possesso dal convenuto *vi*, *clam*, o *precario* (30), ma Giustiniano abolì quest'ultima cosa (31), e trasandò la prima. 2) Per effetto di una speciale estensione quest'interdetto si applica eziandio nella *clandestina possessio* de' fondi, quando cioè questi nell'assenza del possessore sono stati da altri occupati. L' editto conteneva per questo caso un interdetto particolare *de clandestina possessione* (32) il quale durò almeno fino al tempo di Adriano (33). Ma fin d'allora molti giureconsulti erano di opinione che si dovesse anche riguardare come una difesa del possesso quando alcuno subito dopo avuta la notizia dell'occupazione scaccia via l'occupante, e che quindi il possesso fosse perduto soltanto allorchè ciò non si potesse o non si volesse, ma allora l'occupante si dovesse riguardare come *violentus possessor* e si potesse quindi convenire con l'*interdictum de vi*, e questa fu alla fine la teoria che predominò, e per tal modo venne meno l'*interdictum de clandestina possessione* (34). Nondimeno questa nuova teoria si riferì solo all'occupazione fatta durante la momentanea assenza del possessore, finchè Giustiniano prescrisse il medesimo pel caso di una

(26) L. 3. § 2. seg. D. *de vi* (43. 16.) § 6. J. *de interd.* (4. 15.)

(27) L. 1. § 43. D. *eod.* Secondo ciò le L. 2. § 1. L. 7. § 2. D. *de obseq.* (37. 15. si debbono intendere soltanto della *vis non armata*.

(28) Secondo Cic. pro Caccina c. 31. 32. da ciò anche dipendeva che l' *interdictum de vi armata* non presupponeva il possesso; ma ciò pare che sia soltanto una falsa interpetrazione delle parole dell' Editto. V. *Savigny* p. 511. seg.

(29) Cic. ad familiares XV. 16.

(30) Cic. pro Caecina c. 8. 31. 32.. pro Tullio c. 44.; Caj. IV.154. 155.; Paul. V. 6. § 6.; L. 1. pr. L. 14. D. *de vi* (43. 16.); lex Thoria c. 7. nel giornale per le cognizioni storiche del dritto vol. X. p. 152.

(31) § 7. J. *de interd.* (4. 15.)

(32) L. 7. § 5. D. *comm. div.* (10. 3.); Cic. contra Rullum III. 3. Confr. con L. 4. §. 28. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 6. D. *de adq. poss.* (41. 2.); *Savigny* § 41.

(33) Imperocchè secondo la L. 7. § 5. D. cit. Giuliano, il quale vivea sotto Adriano, tratta di ciò come di cosa tuttora in voga.

(34) L. 3. § 7. 8. L. 6. § 1. L. 7. L. 18. § 3. 4. L. 25. § 2. L. 46. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 17. D. *de vi* (43. 16.). V. appresso § 137. Nota 31.

più lunga assenza, e nel tempo stesso all' *interdictum de vi* nella sua piena estensione diede la durata di 30 anni (35).

2.° L' *interdictum de precario* (36). Se il possessore permette ad un altro il godimento di una cosa senza obbligarsi altrimenti per questa permissione, cosicchè egli possa riprenderla a suo talento, il che però non esclude l' aggiunzione di un termine nel senso che allora il permesso debba cessare anche senza una domanda di restituzione (37), questo dicesi *precarium* e colui che lo riceve appellasi *precista* (38). Con esso può andar congiunta la consegna della cosa quando l'uso che si concede richiede il possesso corporale, ma la permissione può riguardare anche un tale uso o godimento della cosa che non richiegga il possesso della medesima, ed allora la relazione giuridica del *precista* viene indicata come una semplice *possessio juris* (39). Or tostochè la permissione vien rivocata, o pel decorrimento del termine è spirata, il possesso del *precista* che fino a questo punto era stato una *possessio justa* (40) si trasforma in una *possessio vitiosa* (41), e però il concedente senza dover provare la proprietà ha contro di lui l' *interdictum de precario* per la restituzione e pel ristoro del danno (42), il qual'interdetto forse in origine avea luogo solamente per gl' immobili (43), ma pel dritto posteriore fu ammesso anche per le cose mobili (44). L' interdetto non si prescrive che con 30 anni (45), e compete anche agli eredi del concedente (46). Il precario per se stesso non passa agli eredi del *precista*, ma la permissione cessa con la morte del medesimo (47). Ma appunto per questo la continuazione da parte degli eredi è sempre una *possessio vitiosa* e dà luogo all' interdetto anche contro di essi quando pos-

(35) L. 11. C. *unde vi* (8. 4.)
(36) *Savigny* § 42.; *Schmidt*. Il commodato ed il precarium. Lipsia 1841. 8.
(37) L. 4. § 4. L. 5. L. 12. pr. D. *de precar.* (43. 26.)
(38) L. 1. L. 2. § 2. 3. L. 14. L. 22. D. *eod.* L. 14. § 11. D. *de furt.* (47. 2.); Paul. S. R. V. 6. § 11.; Isidori Orig. V. 25.
(39) L. 2. § 3. L. 8. D. *de precar.* (43. 26.). Sulla ragione della indicazione come *possessio juris* veggasi appresso § 180. Nota 15.
(40) L. 22. § 1. D. *de noxal. act.* (9. 4.)
(41) § 4. 6. J. *de interd.* (4. 15.) L. 1. § 9. D. *uti poss.* (43. 17.)
(42) L. 2. L. 4. § 1. L. 6. § 4. L. 7. L. 8. pr. § 4-6. L. 14. D. *de precar.* (43. 26.)
(43) Isidori Orig. V. 25.
(44) L. 4. pr. L. 16. D. *eod.*
(45) L. 8. § 7. D. *eod.*
(46) L. 8. § 1. L. 12. § 1. D. *eod.*
(47) L. 12. § 1. D. *eod.*

seggono tuttavia la cosa, o pel prolungato godimento si sono arricchiti, o dolosamente si sono spogliati del possesso (48).

b) *Interdicta retinendae possessionis* (*).

§ 154. A rigore parlando non vi è pel possesso civile che un solo *interdictum retinendae possessionis* (1), sebbene per rispetto al nome ve ne sieno due, l' *interdictum uti possidetis* per gl' immobili (2), il quale da prima riguardava soltanto i fondi rustici *fundus* (3), ma per un posteriore editto fu esteso anche agli edifizi (4), e l' *interdictum utrubi* per le cose mobili (5). Secondo il loro scopo originario ambedue si rapportano solo al caso quando più persone sostengono di essere in possesso di una cosa. Siccome in tal caso ciascuno si crede autorizzato alla propria difesa, e quindi sono da temere delle vie di fatto, così il Pretore ordina alle parti contendenti di astenersi da ogni violenza, e di agire invece per via d' interdetto (il che ciascuna delle parti può egualmente fare) (6), affinchè si decida a chi propriamente appartenga il possesso, e chi per conseguenza debba rivendicare, se vuole ulteriormente far valere delle pretensioni sulla cosa (7). È difficile a spiegare perchè nell'interdetto *utrubi* da prima non si poneva mente a chi effettivamente possedeva al tempo dell'azione, ma a chi avea posseduto per più lungo tempo nell'ultimo anno, cosicchè quest' interdetto

(48) L. 8. § 8. D. *eod.* Non vi è contradizione tra questo passo e la L. 12. § 1. D. cit.

(*) *Savigny* op. cit. § 35-37.; *Zacharia.* Nuova rivista della teorica del dritto Romano sul possesso. Lipsia 1824. 8. p. 83. seg. C. *Albert.* sull' *interdictum uti possidetis* dei Romani. Hasse 1824. 8.; *Keller* nel giornale per le cognizioni storiche del dritto vol. XI. n. 9.; *Rudorff.* ivi n. 10.

(1) V. la nota 9.

(2) Caj. IV. 149.; § 4. J. *de interd.* (4. 15.) L. 1. § 1. 4. 6. 8. 9. *uti poss.* (43. 17.)

(3) Festo p. *Possessio.*

(4) L. 1. pr. D. *uti poss.* (43. 17.). Se questo Editto più recente fu applicato anche al *fundus* L. 1. § 1. 8. D. *eod.* Caj. IV. 150., e quindi esso soltanto fu ammesso nelle pandette, ciò secondo l' apparenza procedè dalla ragione che il medesimo si riguardava come più pieno e più efficace che l' antico presso Festo l. c. Non mi pare che vi sia sufficiente ragione da ammettere con *Rudorff*, un terzo Editto *de loco*; almeno io non posso ritenere per decisiva l' espressione che trovasi presso Simplicio ed. Goes. p. 97. *Locus* in questo luogo non significa altro che *praedium.*

(5) § 4. J. *de interd.* (4. 15.) L. 1. § 1. D. *utrubi* (43. 31.)

(6) § 7. J. *de interd.* (4. 15.) L. 2. pr. D. *eod.* (43. 1.) L. 3. § 1. D. *uti poss.* (43. 17.) L. 37. § 1. D. de O. et A. (44. 7.)

(7) Caj. IV. 148. 160.; § 4. J. *de interd.* (4. 15.) L. 1. pr. § 1-3. D. *uti poss.* (43. 17.); Festo p. *Possessio*; Simplicio l. c.

mediatamente poteva divenire un *remedium recuperandae posses nis* (8). Ma dopo che ciò fu andato in disuso, i due interdetti prat mente si agguagliarono in tutto (9). Pertanto il solo possesso non d de la controversia; imperocchè se l'avversario del possessore può vare che questi ha acquistato da lui il possesso per violenza, cland nità, o precario, si deciderà in suo favore (10), giacchè qui nella e zione si racchiude un *interdictum recuperandae possessionis* che valere come *exceptio*. Inoltre quest' interdetti tendono nel tempo s so, sebbene solamente fra il termine di un anno, al risarcimento danno forse patito per la violenza (11), e questo scopo secondari dato occasione ad una più estesa applicazione, giacchè i medesimi condo una più recente teoria possono anche essere intentati quand possesso non è negato, ma per una turbativa reale viene di fatto im gnato come illegittimo, nel qual caso tendono semplicemente al divi della turbativa ed al risarcimento del danno (12).

B. Per la detenzione.

§ 155. S' intende da se che il possesso de' figli in potestà del pa sopra le cose appartenenti al loro proprio patrimonio, come pur possesso de' conjugi sulle cose avute per donazione matrimoniale

(8) Caj. IV. 151. 152. L. 1. pr. D. *utrubi* (43. 31.) L. 156. D. de V. S. (50. Fragm. Vat. 293. 311.; Paul. V. 6. § 1.; Theoph VI. 15. § 4. Si potrebbe quasi dere che la medesima necessità, la quale diede occasione ad introdurre l'*actio Publi na*, cioè un mezzo giuridico per ricuperare le cose senza dover provare la proprietà 175.), abbia pure introdotto l'*interdictum utrubi*. Esso era il più antico ma meno concio rimedio. Forse vi cooperò anche la circostanza che nel tempo antico in concor za di una *injusta possessio* si avea la tendenza di riguardare il primo possesso legitti come tuttora durante non ostante l'ingiusto possesso di un altro V. § 151. Nota 34.

(9) L. 1. § 1. D. *utrubi* (43. 31.) § 4. J. *de interd.* (4. 15.)

(10) Caj. IV. 150.; § 4. J. *eod.* L. 1. § 5. 9. L. 3. pr. § 10. D. *uti poss.* (43. 1 L. 1. § 1. D. *utrubi* (43. 31.(L. 17. D. *de precar.* (43. 26.) L. 53. D. *de adq. po* (41. 2.) L. un. C. *uti poss.* (8. 6.)

(11) L. 1. pr. L. 3. § 11. D. *uti poss.* (43. 17.)

(12) L. 1. § 4. 3. § 2-6. D. *eod.* L. 11. D. *de vi* (43. 16.) L. 52. § 1. D. *de a poss.* (41. 2.) L. 5. § 10. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.) L. 12. D. *comm. div.* (1 3.) L. 8. § 5. D. *si servit. vind.* (8. 5.). È veramente inesatto l'avere il *Savigny* ele ta quest' applicazione ad oggetto principale, ma va anche tropp' oltre il *Keller* op. cit. 305. seg. quando nega in tutto quest'applicazione, ed ammette che negl' interdetti proi tori in generale si poteva disputare soltanto se l'interdetto del Pretore *posteriormen* fosse stato trasgredito. Pare che nelle parole « an aliquid adversus praetoris *Edictu* factum sit » presso Cajo IV. 141. abbia letto interdictum per Edictum.

servir di base agl' interdetti possessorii (1), giacchè il dritto romano più recente vi riconosce un vero possesso civile (2). Ma gl' interdetti possessorii si applicano in più casi anche per un semplice possesso naturale (3), il che riguarda solo la detenzione in nome altrui. Per regola veramente chi soltanto in qualità di detentore esercita il possesso di un altro non ha gl'interdetti (4); ma appunto sotto questo rapporto s'incontrano delle eccezioni. Da un lato vi sono alcuni casi di detenzione pei quali sono stati introdotti degl' interdetti speciali (5), dall'altro alcuni detentori possono servirsi degli ordinari interdetti *retinendae e recuperandae possessionis*. Quest' ultimo probabilmente non fu introdotto dallo stesso editto pretorio, perchè altrimenti esso non avrebbe avuto bisogno di concedere a parecchi di quei detentori degl'interdetti possessori particolari (6); nondimeno riconosciuto una volta per cagione di questi interdetti che anche un detentore potesse avere delle azioni possessorie, questo fu per la pratica romana un punto di appoggio per andare più innanzi ed elevare pienamente alcuni casi di detenzione alla condizione di *possessio ad interdicta*. Ciò senza dubbio avvenne in prima pei fondi *vectigales* (7), ma più tardi si fece un'estensione 1) a tutti i casi, in cui la detenzione si fonda sopra un effettivo o preteso *jus in re*, e quindi alla *Superficies* (8), all' Enfiteusi (9), alle servitù personali (10), ed al pegno (11); 2) al *precarium*, allorchè questo va

(1) L. 1. § 10. D. *de vi* (43. 16.) L. 4. § 1. D. *de castrensi pecul.* (49. 17.)

(2) V. § 151. n. II.

(3) L. 1. § 9. D. *de vi* (43. 16.). Sulla opinione del *Thibaut* nell' Archivio per la prat. civ. vol. XVIII. n. 13., che secondo questo passo ad ogni possessore naturale avesse dovuto competere gl' *interdicta recuperandae possessionis*, veggasi il mio articolo ivi vol. XX. n. 2.

(4) Le verisimili ragioni di ciò sono, che per lo più il possessore civile ha interesse di difendere il suo detentore col promuovere gl' interdetti, quando è necessario, e quindi costui non ha bisogno del dritto di agire da sè medesimo, e che la presunzione della proprietà non s' incontra nel detentore.

(5) Tali sono segnatamente l' interdictum fructuarium (§ 187.) l' interdictum de superficiebus (§ 176.), l' interdictum de loco publico fruendo (§ 178.), l' interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est (§ 201.), ed in un certo senso anche l' interdictum de migrando, L. 2. D. de migrando (43. 32.)

(6) Al possessore del fondo *vectigalis* (§ 178. Nota 9.), al superficiario (§ 176. Nota 33.), ed all' usufruttuario (§ 187. Nota 23.)

(7) Cic. *de lege agrar.* III. 3. Confr. § 178.

(8) V. § 176.

(9) V. § 178.

(10) V. § 187.

(11) V. § 204.

congiunto con la tradizione della cosa (12), e non si sia espressamente convenuto che il *precista* non debba avere un possesso *ad interdicta* (13); e 3) al sequestro, sotto la stessa condizione (14). In questi casi, che si possono riguardare come delle singolarità ammesse per diverse cagioni (15), la detenzione per lo più viene indicata appunto come *possessio* (16), e nella più parte di essi oltre gl' interdetti si danno al detentore anche degli altri effetti del possesso, i quali non hanno altrimenti luogo nella detenzione, e questi effetti in maggiore estensione si trovano nella superficie e nell'enfiteusi. Nondimeno il proprietario non cessa per questo di valer come possessore della cosa (17), anzi per regola rimane a lui la facoltà di usare anche egli medesimo degl' interdetti (18). È una opinione mal fondata quella che ritiene che il possessore civile possa sempre trasferire al detentore il possesso *ad interdicta* (19).

(12) L. 3. § 5. L. 10. pr. § 1. L. 21. § 3. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 33. § 6. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 2. § 3. L. 4. § 1. L. 6. § 2. 4. L. 12. pr. L. 15. § 4. L. 17. D. *de precar.* (43. 26.) V. appresso § 177. Nota 35.

(13) L. 10. pr. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.)

(14) L. 17. § 1. D. *deposit* (16. 3.) L. 39. D. *de adq. poss.* (41. 2.)

(15) *Kierulff* Teorica del dritto civile comune p. 347. seg., cerca di ridurre questi casi alla nozione del vero possesso, ponendo come elemento essenziale dell' *animus possidendi* la semplice volontà di esser padrone di fatto della cosa, e per conseguenza tralascia l'intenzione di voler ritenere la cosa per sè, e di averne esclusivo dominio, il che forma il proprio carattere dell' *animus domini*. Ma allora ad ogni detentore si dovrebbe attribuir l' animus possidendi; e segnatamente il fittajuolo può esser padrone di fatto anche più che il precista, il sequestratario, e lo stesso creditore con pegno.

(16) L. 16. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 4. § 1. L. 12. pr. L. 15. § 4. L. 17. D. *de precar.* (43. 26.) L. 36. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 31. D. *de pign.* (20. 1.) L. 37. D. *de pign. act.* (17. 7.) L. 15. § 1. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.)

(17) L. 1. § 15. L. 3. § 5. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 16. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 3. § 7. D. *uti poss.* (43. 17.) L. 15. § 4. D. *de precar.* (43. 26.)

(18) L. 3. § 7. D. *uti poss.* (43. 17.). Soltanto il pegno consegnato al creditore forma forse un eccezione; L. 1. § 15. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 16. D. *de usurp.* (41. 3.); Nondimeno in questi passi l'espressione non è esatta; veggasi appresso § 204. Nota 13.

(19) Di altra opinione sono *Schroter* Observat. Jena 1826. p. 80.; *Schweppe*, dritto privato § 215.; *Thibaut* nell' Archivio per la prat. civ. vol. I. p. 111. seg. Veggasi al contrario *Savigny* op. cit. § 23. 46. Ordinariamente non si avverte, che anche nel *precarium* e nel sequestro il passaggio del possesso che dà dritto agl' interdetti non si effettua per una speciale tradizione, ma segue da sè stesso, quando non siasi convenuto il contrario. Ma negli ordinarii casi di detenzione non s' incontra un siffatto passaggio legale.

III. ACQUISTO DEL POSSESSO.

§ 156. Supposto che esistano le condizioni subbiettive ed obbiettive del possesso (1), questo viene acquistato *animo et corpore*, cioè allorchè concorre la volontà di possedere, ed il fisico potere di dispor della cosa (2).

1.° Per quel che riguarda la volontà di possedere, perchè essa sia efficace, si richiede che la persona abbia la capacità di volere, e però i *pazzi* non possono da sè acquistare il possesso (3), e gl'impuberi in ciò anticamente aveano sempre bisogno dell' *auctoritas* del loro tutore. Nondimeno una teoria più recente e più indulgente non solo ritenne per valido l' acquisto del possesso de' pupilli senza l' autorità del tutore, quando avessero l' intelligenza de' loro atti (4), ma ammise eziandio come sufficiente l' *auctoritas* del tutore nell' acquisto del possesso di un *infans* (5), la qual cosa l' Imperadore Decio per le donazioni fatte all' *infans* estese anche in questo che qui sia sufficiente il consenso del tutore non dato nell 'atto stesso, ma posteriormente dichiarato (6).

2.° Il possesso corporale *factum possessionis* può acquistarsi in due maniere : 1) per l'occupazione unilaterale la quale può avvenire anche quando un altro è in possesso, togliendo a costui la cosa (7), o cacciandolo (8), ma richiede sempre una presa immediata della cosa (9), e pei fondi richiede l'effettiva entrata ne' medesimi (10); 2) Per la consegna *traditio* da parte dell' attuale possessore, nel qual caso la intenzione dichiarata di voler trasferire da una parte e prendere dall'altra il possesso rende non necessario il toccamento immediato della cosa (11),

(1) V. § 151. n. II-IV.
(2) L. 3. § 1. 3. D. *de adq. poss.* (41. 2.)
(3) L. 1. § 3. L. 18. § 1. D. *eod.*
(4) L. 1. § 3. 11. L. 32. § 2. D. *eod.* L. 4. § 2. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 9. D. *de auct. tut.* (26. 8.) L. 26. C. *de donat.* (8. 54.)
(5) L. 32. § 2. D. *de adq. poss.* (41. 2.)
(6) L. 3. C. *de adq. poss.* (7. 32.). Le altre opinioni intorno a questi passi veggansi in *Puchta* nel Museo Renano n. 3., e *Savigny op. cit.* p. 284. seg.
(7) L. 5. L. 15. pr. L. 44. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.)
(8) L. 1. § 28-30. 47. L. 3. § 7. 8. D. *de vi* (43. 16.)
(9) § 13. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 5. § 1. 2. L. 55. D, *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 1. § 1. L. 3. § 1. 14. 15. 21. D. *de adq. poss.* (41. 2.)
(10) L. 3. § 1. D. *eod.* L. 33. § 2. D. *de usurpat.* (41. 3.)
(11) L. 1. § 21. L. 18. § 2. L. 51. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 79. D. *de solut.* (46. 3.)

quando però A. il possessore dà la *vacua possessio* cioè pel suo sgom-
bramento lascia libero il possesso all'altro (12), B. ha la facoltà
abbandonare da sè medesimo il suo possesso (13), C. non vi è sta
alcun errore sulla cosa (14), e D. vi è la possibilità per l'accettan
di cominciare a disporre fisicamente della cosa (15). Il perchè può a
solutamente valer per tradizione quando o viene mostrato il fon
all'acquirente, o gli son recate e poste innanzi le cose mobili (16),
che il Giureconsulto Giavoleno chiama *traditio longa manu* (17),
gli son rimesse in mano le chiavi del luogo dove le cose son risp
ste (18), o egli di consenso coll'attuale possessore mette delle gua
die alla cosa (19) o pure vi appone il suo sigillo (20). Per contr
rio l'ammissione di una tradizione simbolica per mezzo di un s
gno che rappresenti la cosa è assolutamente ripugnante alla *nat*
ra del possesso, imperocchè essa non contribuisce punto alla pos
bilità di fisicamente disporre della cosa (21). Ancora per la stessa r
gione una cosa che si deve staccare da un fondo non può esser co
segnata con alcuna sorta di tradizione in fino a che non ne sia sta
effettivamente staccata (22). In due casi si ritiene come avvenuta
tradizione: A. quando il detentore col permesso del possessore civ
comincia ad aver l'*animus sibi habendi*, il che i Romani indicano con
espressioni *solo animo acquirere possessionem*, ed i più moderni, *tra-*
tio brevi manu (23), e B. quando viceversa il possessore contrae un n
gozio con alcuno, pel quale dovrebbe far la tradizione, ma invece di

(12) L. 2. § 1. L. 3. pr. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 8. C. *eod.* (4 49.)
2. L. 3. C. *de adq. poss.* (7. 32.)

(13) L. 11. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 29. D. *de adq. poss.* (41. 2.) V
157. Nota 4.

(14) L. 34. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.)

(15) L. 3. § 3. D. *de adq. poss.* (41. 2.) V. *Savigny* § 15-18.

(16) L. 18. § 2. D. *eod.* L. 79. D. *de solut.* (46. 3.)

(17) L. 79. D. cit.

(18) § 45. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 74. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 9. § 6.
de adq. rer. dom. (41. 1.) L. 1. § 21. D. *de adq. poss.* (41. 2.)

(19) L. 51. D. *eod.*

(20) L. 14. § 1. *de peric.* (18. 6.) Confr. con L. 1. § 2. D. *eod.*

(21) Non si oppone la L. 1. C. *de donat.* (8. 54.), ed i passi citati nella Nota 18.
Savigny p. 244. seg., 249. seg.

(22) L. 40. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 16. pr. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 6.
de donat. (39. 5.). Il mio articolo nel nuovo mag. di *Falck* vol. IV. p. 375.

(23) § 44. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 9. § 9. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 62.
D. *de evict.* (21. 2.) L. 9. § 5. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 3. § 20. D. *de a*
poss. (41. 2.) Confr. con L. 3. § 3. D. *eod.*

ciò ritiene presso di se come detentore la cosa divenuta d'altrui, il che ora si suole addimandare *constitutum possessorium*(24). (a) Dall'ultimo caso si fa chiaro che uno può divenir possessore civile anche per mezzo di altri senza neppur tenere il possesso corporale della cosa. Ma questo avviene anche in parecchi altri modi.

1.° Fin dalle prime i princípi sull'acquisto per mezzo di coloro che alcuno ha sotto la sua potestà furono applicati anche al possesso (25) purchè lo acquistassero in un modo lecito (26). Nondimeno quest' applicazione relativamente alle *uxores in manu* ed agli *homines in mancipio* non era senza controversia (27), quantunque al certo solamente in teoria. Anche pei figli e per li schiavi si trovano delle distinzioni. 1) Il padre acquista il possesso per mezzo de' figli sotto la patria potestà, quando anche di fatto non li abbia in suo potere (28), ma da che poterono avere un patrimonio loro proprio, non lo acquista se non quando i figli non han voluto acquistare per se medesimi (29). 2) Al contrario pel possesso per mezzo degli schiavi è necessario che il padrone li possegga (30), ed in quanto agli schiavi comuni si richiede anche che essi non abbiano avuto l' intenzione di acquistare soltanto per uno de' loro padroni (31). Ma con questa limitazione i principi vigenti in quanto agli schiavi furono di già nell' antico dritto estesi per analogia in due punti, giacchè A. l'usufruttuario di uno schiavo acquista per suo mezzo il possesso, come se egli ne fosse il padrone (32), e lo stesso è a dire di colui che in buona fede possiede come schiavo un uomo libero (33), salvo quando chi in tal modo è posseduto sia un *filius familias*, nel qual caso è preferito il dritto del padre al possesso dell'acquisto (34).

(24) L. 18. pr. D. *eod.* L. 1. § 1. L. 2. D. *pro socio* (17. 2.) L. 28. L. 35. § 5. C. *de donat.* (8. 54.)
(25) L. 1. § 5. L. 4. L. 24. L. 34. § 2. L. 49. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) Caj. II 89. V. § 1. 51. n. II.
(26) L. 24. D. *eod.*
(27) Caj. II. 90.
(28) L. 4. D. *eod.*
(29) V. § 151. n. II.
(30) L. 1. § 14. 15. 22. L. 3. § 10. L. 34. § 2. D. *eod.*
(31) L. 1. § 7. D. *eod.*
(32) L. 1. § 8. C. *eod.* § 4. J. *per quas pers.* (2. 9).
(33) L. 1. § 1. D. *eod.* § 4. J. *cit.*
(34) L. 4. D. *eod.*
(a) Tale sarebbe p. es. il caso che alcuno vendesse un suo fondo, ma intanto lo ritenesse a titolo di affitto o se ne riservasse l'usufrutto. Nota del Trad.

2.° In seguito di una costituzione di Settimio Severo chi ha incaricato un altro di prender possesso diviene possessore non quando la cosa è a lui consegnata, come prima si riteneva, ma immediatamente nel momento che l'incaricato conformemente alla commission ha acquistato il possesso, cosicchè quest'ultimo si ritiene come un su detentore (35). Solamente si richiede per questo che l'incaricato si una persona capace di volere (36), ed abbia l'intenzione di acquista pel mandante (37), ma non importa neppure che il procuratore abbi l'intenzione di acquistar per se medesimo, se il tradente abbia intes di trasmettere il possesso al mandante e non al procuratore (38). Un'applicazione analoga della Costituzione di Severo è che 1) anche il tutor può acquistare il possesso pel pupillo (39), e forse anche 2) che se alcuno senza mandato acquista il possesso per un altro, e questi lo approva, costui medesimo divien possessore, e quegli è suo detentore, ma solo dal tempo dell'approvazione in poi (40). Or essendosi ammesso un acquisto mediato del possesso per mezzo di altri, si è data la possibilità di acquistare il possesso anche a coloro, che non sono in istato d acquistarlo da sè stessi (41); cioè anche alle persone morali (42), sull quali però i romani giureconsulti non poterono bene venire in chiaro Tutte le persone morali sono incapaci di prendere per se stesse il possesso corporale; ma se la incapacità all'acquisto del possesso per le u*niversitates personarum* vien dedotta precisamente dall'impossibilit della volontà necessaria (43), non si può comprendere perchè una determinazione di acquistare un possesso non debba ritenersi come una volontà della corporazione egualmente che qualunque altra determinazione, e se all' *hereditas jacens* in generale si nega la capacità di pos-

(35) § 5. J. *per quas pers.* (2. 9.) L. 11. § 6. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 1. C. *de adq. poss.* (7. 32.). Nell'ultimo passo abbiamo verisimilmente la costituzione di cui s'intende parlare.

(36) L. 1. § 9. 10. D. *de adq. poss.* (41. 2.)

(37) L. 53. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 1. § 19. 20. D. *de adq. poss.* (41. 2.)

(38) L. 13. D. *de donat.* (39. 5.) L. 6. C. *si quis alteri vel sibi* (4. 50.)

(39) L. 11. § 6. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 13. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 1. § 20. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 3. C. *eod.* (7. 32.)

(40) L. 42. § 1. D. *eod.* L. 24. D. *de negot. gest.* (3. 5.)

(41) L. 23. § 3. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 1. § 20. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 15. pr. L. 44. § 7. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 16. D. de O. et A. (44. 7.) L. 12. § 1. 2. L. 22. § 3. L. 29. D. *de captivis* (49. 15.) L. 3. C. *de adq. poss.* (7. 32.) L. 26. C. *de don.* (8. 54.)

(42) L. 1. § 22. L. 2. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 7. § 3. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(43) L. 1. § 22. D. *de adq. poss.* (41. 2.)

sedere perchè non ha alcuna volontà (44), ciò deve almeno soffrir eccezione quando all' eredità è destinato un curatore, altrimenti sarebbero anche da riguardare come incapaci di possesso tutte le altre persone morali che non possono da sè prendere alcuna risoluzione, e per le quali solo i loro preposti hanno facoltà a deliberare e risolvere, come sono le Chiese e gli Stabilimenti pii. Inoltre a ciò si oppone anche che si riconosce pure un possesso dell'eredità giacente per mezzo degli schiavi ereditarii (45).

IV. PERDITA DEL POSSESSO.

§ 157. Dai requisiti del possesso segue per se stesso che il possesso si perde non solo quando l' *animus* ed il *factum* ma anche quando una sola di queste due cose è cessata (1), soltanto, perchè cessino quelle condizioni è mestieri che si verifichi il contrario del potere fisico di disporre della cosa, e della volontà di possedere (2). In conseguenza:

1.° L'*animus possidendi* solo allora si dee riguardar come mancato quando alcuno non vuole aver più la cosa (3), e però gl' incapaci di volontà non possono abbandonare il loro possesso (4), ed il semplice non esercizio del possesso per errore, timore, o negligenza non è di alcun momento (5). Ma la circostanza che la risoluzione di abbandonare la cosa non sia stata presa spontaneamente non impedisce la perdita del possesso (6), ed ancora non è necessaria un' espressa dichiarazione quando un lungo abbandono della cosa o altre circostanze facciano dedurre l' intenzione di abbandonare il possesso (7).

2.° Del pari il *factum possessionis* non si perde immediatamente per

(44) L. 1. § 15. D. *si is qui testam.* (47. 4).

(45) L. 15. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 12. § 1. 2. L. 22. § 3. L. 29. D. *de captiv.* (49. 15.)

(1) L. 3. § 6. 13. L. 17. § 1. L. 29. L. 34. pr. L. 44. § 2. D. *de adq. poss.* (41. 2.). Non si oppone la L. 8. D. *eod.* L. 153. D. de R. J. (50. 17.) Confr. *Savigny* § 30., *Brinkmann* notizie del dritto *Schleswig* 1831. 8. Nota 16.

(2) L. 8. D. *de adq. poss.* (41. 2.)

(3) L. 3. § 6. L. 17. § 1. L. 30. § 4. D. *eod.*

(4) L. 28. L. 29. D. *eod.* L. 11. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(5) § 7. J. *de usuc.* (2. 6.) L. 12. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 4. C. *eod.* (7. 32.)

(6) L. 9. pr. D. *quod. met. causa* (4. 2.) L. 33. § 2. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 1. § 29. L. 3. § 6. 7. D. *de vi* (43. 16.) Paul. S. R. V. 6. § 4. Cic. pro Caecina c. 16.

(7) L. 37. § 1. D. *de usurp.* (41. 1.) L. 4. C. *de adq. poss.* (7. 32.) L. 8. C. *de omni agro deserto* (11. 58.)

l'allontanamento dalla cosa (8), ma solo allorchè alcuno non può più suo talento accedere alla cosa ed esercitar nuovamente il potere fisic di disporre della medesima (9), per conseguenza esso si perde, quand un altro l'ha già occupata (10), eccetto il solo caso dell'occupazion clandestina di un fondo (11), o quando la cosa è caduta in un luogo inac cessibile (12), o non può esser ritrovata, il che però non nuoce se pe avventura si ritrovi senza di esser venuta in mano di altri (13); o quand gli animali domestici si sono interamente smarriti (14), o le fiere prese s son sottratte alla custodia (15), o gli animali mansuefatti son fuggiti volati via, e non ritornano più (16). È una positiva eccezione alla regol che il possesso continua sugli schiavi fuggitivi (17), e dalla natura del la detenzione si deduce che il trasferimento della semplice detenzion ad un altro non fa perdere il possesso, il quale allora si conserva *solo animo* (18). Anzi vi son de' casi in cui l'esistenza di un detentore impe disce la perdita del possesso che sarebbe altrimente avvenuta (19). Nondimeno vi sono parecchi modi di perdere il possesso che proven gono precisamente dai detentori. Tra questi certo non è da annovera re il caso quando il detentore muore (20), o diventa pazzo (21), o consegna la cosa ad un procuratore (22), o ricusa di restituirla pe qualche ragione che non è in contradizione col possesso del suo auto re (23), o abbandona semplicemente la detenzione e lascia la cosa (24).

(8) L. 3. § 11. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 1. § 25. D. *de vi* (43. 16.)
(9) L. 3. § 13. D. *de adq. poss.* (41. 2.)
(10) L. 15. D. *eod.* L. 1. § 24. 27. D. *de vi* (43. 16.) Paul. V. 6. § 6.
(11) V. § 153. Nota 32. 34.
(12) L. 13. pr. L. 3. § 17. D. *de adq. poss.* (41. 2.)
(13) L. 3. § 13. L. 44. pr. D. *eod.*
(14) L. 3. § 13. D. *eod.*
(15) L. 3. § 2. L. 5. pr. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) § 12. J. *de rer. div.* (2 1.)
(16) § 14. 15. J. *eod.* L. 4. L. 5. § 4. 5. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 3. § 15. 16. D. *de adq. poss.* (41. 2.)
(17) L. 1. § 14. L. 15. pr. D. *eod.*; Fragm. Vat. § 89.
(18) L. 3. § 7. 12. D. *eod.*
(19) L. 1. § 45. D. *de vi* (43. 16.) L. 12. § 2. D. *de captiv.* (49. 15.)
(20) L. 60. § 1. D. *locati* (19. 20.) L. 25. § 1. L. 40. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.)
(21) L. 25. § 1. D. *eod.*
(22) L. 25. § 1. L. 30. § 6. D. *eod.*
(23) L. 20. D. *eod.* L. 12. in fine D. *de vi* (43. 16.)
(24) L. 3. § 8. L. 44. § 2. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 7. pr. D. *pro emptore* (41. 4.) L. 31. D. *de dolo* (4. 3.). Che intorno a questo punto abbiano avuto luogo opinioni diverse tra i Giureconsulti Romani, non risulta con precisione dalla L. 40. § 1. D. *de*

o da se comincia ad aver l'*animus sibi habendi* senza mostrare col fatto questa volontà, la qual cosa non è di alcun momento, giacchè niuno con la semplice mutazione della sua sola volontà può cambiare il suo possesso da quel che una volta secondo la sua causa ha cominciato ad essere, ***nemo sibi causam possessionis mutare potest*** (25); ma sono bensì da annoverare i seguenti: 1) quando alla volontà di aver la cosa per se si unisce anche un atto ingiusto di dominio, *contrectatio*(26), il che non è di alcun momento soltanto se si tratti di detentori che sono sotto la potestà del possessore (27), 2) parimente quando il detentore di una cosa mobile l'aliena e trasferisce ad altri (28). Senza dubbio in origine valeva lo stesso per gl'immobili (29); ma sorse intorno a ciò una contesa tra i giureconsulti romani, probabilmente perchè alcuni volevano riguardare il terzo, al quale il fondo veniva consegnato come un occulto occupante, pel quale il possesso non si perde immediatamente (30), e Giustiniano decise secondo questa opinione (31), in conseguenza l'espulsione del terzo è ammessa tuttavia come difesa del possesso.

CAPITOLO II.

DELLA PROPRIETA' (*).

I. NOZIONE, CONTENUTO, E NATURA GIURIDICA.

1) *In generale.*

§ 158. Mentre il possesso può esistere senza alcun dritto, la proprio-

adq. poss. (41. 2.), giacchè qui invece della lezione « *aliud* existimandum est » si trova anche la lezione « *idem* existimandum est, e la ragione di nesso decide per l' ultima lezione, Savigny p. 337.

(25) L. 2. § 1. D. *pro herede* (45. 5.) L. 2. § 21. D. *pro emptore* (41. 4.) L. 38. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 3. § 18-20. L. 18. pr. L. 19. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 6. § 3. L. 22. pr. D. *de precar.* (43. 26.) L. 10. D. *si pars. hered. pet.* (5. 4.)

(26) L. 3. § 18. L. 47. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 12. D. *de vi* (43. 16.) L. 1. § 2. L. 47. § 6. L. 53. § 7. L. 67. pr. L. 73. pr. D. *de furt.* (47. 2.); Theoph IV. 1. § 1. L. 7. C. *de usuc. pro emptore* (7. 26.)

(27) L. 15. L. 40. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L 33. § 6. D. *de usurp.* (41. 3.)

(28) L. 33. § 4. D. *eod.* L. 1. L. 7. C. *de usuc. pro emptore* (7. 26.) L. 5. C. *de adq. poss.* (7. 32.)

(29) V. L. 3. § 8. 9. D. *de adq. poss.* (41. 2.)

(30) V. sopra § 153. Nota 34.

(31) L. 12. C. *eod.* (7. 32.)

(*) F. *Gesterding* Esposizione compiuta della teorica della proprietà e dei driti che

tà *dominium*, *proprietas* (1) è precisamente il dritto legittimamente acquistato di disporre pienamente ed esclusivamente della cosa (2). Essa quindi autorizza il proprietario non solo ad usare e godere a suo talento della cosa, a distruggerla, trasformarla, alienarla, ritrarne i frutti, ma eziandio a proibire ed impedire qualunque ingerenza altrui sulla cosa. Quello si può dire il lato positivo, questo il lato negativo della proprietà. In tutti e due i rapporti possono al certo incontrarsi delle restrizioni per effetto dei *jura in re*, o immediatamente per effetto di disposizioni della legge, e quando il dritto di godimento viene a mancare in tutto, la proprietà viene indicata come *nuda proprietas* (3); ma perchè in questi casi rimangono pure al proprietario tutti i dritti non tolti, queste limitazioni non distruggono la nozione della proprietà (4). La proprietà appartiene ai dritti divisibili, giacchè più persone possono essere proprietarii in comune per porzioni ideali (5), il che ora addimandasi comproprietà *condominium*. Al contrario non si può concepire una proprietà intera di più persone sulla stessa cosa *dominium plurium in solidum* a cagione del dritto di esclusione che si trova in essa (6). Possono essere oggetto della proprietà tutte le cose che sono in commercio, ed anche le cose *extra commercium* non sono generalmente incapaci di venire in proprietà; solo l'acquisto è quì più limitato. Ma nelle cose incorporali non v' ha luogo a proprietà. Nondimeno parecchi principi della proprietà son per analogia applicati a quegl'impieghi che si ottengono per compra (7). Se i Romani riconoscono la pro-

se le avvicinano. Greifsw. 1817. 8. F. *Ballhorn — Rosen* Sul dominium. Lemgo 1822. 8. G. *Boeking* de mancipii causis. Berlino 1826. 8. — *K. T. Putter* La dottrina della proprietà secondo il dritto Tedesco comparata coi principii del dritto Romano. Berlino 1831. 8. *H. de Bosch — Kemper* Historica expositio doctrinae jur. Rom. de dominio ejusque adquirendi modis. Groeningae 1832. 4.

(1) Questi nomi pare che la prima volta siano divenuti tecnici presso i Giureconsulti classici. Dapprima si ricorreva alle espressioni *res mea est*, ovvero *mancipii mei est* etc. Presso Cicerone veramente spesso incontrasi *dominus*, ma *dominium* non si trova che una sola volta in Verr. II. 3. c. 4., ove oltre a ciò il senso, e la lezione sono ambedue dubbiosi. Non per tanto il suo contemporaneo Varrone *de re rust.* II. 10. già parla di *dominium legitimum*.

(2) V. sopra § 45.

(3) § 4. J. *de usufr.* (2. 4.) L. 2. pr. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.)

(4) L. 2. 5. D. de V. S. (50. 16.)

(5) L. 1. L. 2. L. 19. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 43. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 5. D. *de stip. serv.* (45. 3.) L. 25. § 1. D. de V. S. (50. 16.)

(6) L. 5. § 15. D. *commod.* (13. 6.) L. 19. § 3. D. *de castr. pec.* (49. 17.) Non si oppone la L. 75. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 30. C. *eod.* (5. 12.) V. § 113.

(7) V. § 45. Nota 10.

prietà come *juris gentium* (8), se ancora in ogni tempo rispettarono la proprietà delle nazioni confederate (9), e non pertanto parlano di un *dominium. legitimum* s. *ex jure Quiritium* (10), ciò si riferisce solamente alle qualità della persona a cui appartiene, ed ai modi di acquisto. Imperocchè la proprietà appellavasi Romana quando il proprietario avea il *jus commercii*, e la cosa erasi acquistata in un modo riconosciuto dal dritto romano. Ma nel contenuto non vi era alcuna differenza (11), salvochè solo il *dominus ex* j. Q. di uno schiavo poteva per la manomissione renderlo cittadino (12), in quanto egli medesimo fosse cittadino (13). Imperocchè se ne' tempi antichi solo la proprietà romana potea farsi valere in giudizio fino a che la istituzione de' *judicia recuperatoria* non ebbe dato anche ai membri delle nazioni confederate e più tardi parimente ai provinciali la possibilità di far valere giudiziariamente la loro proprietà (14), ciò non dipendeva dalla natura della proprietà Romana, ma sibbene dalla circostanza che originariamente in generale solo quelli che aveano il *jus commercii* potevano in Roma presentarsi in giudizio (15). Adunque non si deve intendere per *dominium ex* j.Q. una proprietà che avesse una sua particolare conformazione (16), e tanto meno si dee ricercare presso i Romani qualche cosa di simigliante allo antico *Gewere* de' Germani. È certamente molto dubbio se da per tutto vi sia stato bisogno di siffatto grado intermedio per giungere dal possesso all' idea di proprietà; ma se anche ciò si voglia ritener per fermo, in Italia questo periodo di transizione era da lungo tempo trascorso quando sorse lo stato Romano. I Romani debbono aver trovato già formata l' idea di proprietà, giacchè essa fin dalle prime è posta a base del loro sistema, e però è inutile l' affaticarsi a ricercare nel dritto romano la genesi della medesima.

(8) Caj. II. 40.; § 40. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 5. D. de J. et J. (1. 1.) L. 9. § 3. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(9) L. 7. pr. D. *de captiv.* (49. 15.)

(10) Caj. II. 40. IV. 16. 36. 41.; Varro de re rust. II. 10.; Theoph I. 5. § 4.

(11) Naturalmente qui non si parla del *nudum jus Quiritium* per opposizione all' *in bonis esse* (§ 174.), e soltanto accennano a questo Caj. I. 54.; Ulp. XIX. 20.; Fragm. *de jure spec.* § 11.

(12) Caj. I. 17.

(13) Ciò riguardò i Latini quando ebbero ottenuto il *jus commercii*, giacchè i loro liberti parimente non divenivano che Latini. Fragm. *de jure spec.* § 11.

(14) La mia St. § 14. 45.

(15) La mia St § 5.

(16) Altrimenti va la cosa pel Romano *in bonis esse* (§ 174.), il perchè facilmente si può cadere in errore quando si riguarda l' *in bonis esse* insieme con la proprietà de' peregrini come una proprietà naturale.

2) *Specialità : A. Della proprietà degl' immobili.*

§ 159. Pei fondi la proprietà non cade soltanto sulla superficie, m si estende al di sotto fino al centro della terra (1) e al di sopra fino a la colonna d'aria che soprasta al fondo (2). Ma qui s' incontrano da u altro lato parecchie limitazioni stabilite dalla legge (3), delle quali riferiscono al lato positivo della proprietà le seguenti : 1) Niuno pu senza il consenso del vicino piantare o edificare immediatamente s confine del fondo. Secondo le XII. Tavole lo spazio da lasciarsi liber *ambitus* (4) s. *legitimum spatium* (5), s. *intercapedo* (6) era di du piedi e mezzo *sestertius pes* (7), secondo la disposizione di Onorio e Arcadio 5 piedi, e vicino agli edifizi pubblici anche la metà di più (8 e secondo la disposizione di Zenone per Costantinopoli, che Giustinian elevò poi a regola generale, 6 piedi (9). Il regolamento di Nerone ch non permise neppure ai vicini di costruire edifizi sopra muri comun era solamente locale per Roma (10), e del pari aveano un rapporto so lamente locale le disposizioni sull'altezza degli edifizi emanate da Ot taviano (11), Nerone (12), Trajano (13), e forse anche da altri Imperado ri (14). Sono però delle limitazioni generali della facoltà di edificar queste, che l'erede non può fabbricando torre interamente il lume all'e difizio lasciato in legato ad un altro (15), e il divieto fatto da Giustinia

(1) L. 6. § 2. D. *arb. furt. caes.* (47. 7.)

(2) L. 8. § 5. L. 14. § 1. L. 17. D. *si serv. vind.* (8. 5.) L. 2. D. de S. P. U (8. 2.) L. 29. § 1. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 21. § 2. L. 22. § 4. D. *quod vi aut clam.* (43. 24.) L. 1. L. 2. D. *de arb. caed.* (43. 27.) L. 44. D. *de injur.* (47. 10. L. 242. § 1. D. de V. S. (50. 16.) L. 8. L. 9. C. *de servit.* (3. 34.)

(3) *Dirksen* nel giornale per le cognizioni storiche del dritto vol. II. n. 16.

(4) Varro de L. L. IV. 4.

(5) L. 14. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 3. § 1. D. *de mort. infer.* (11. 8.)

(6) L. 11. C. *de aedif. priv.* (8. 10.)

(7) Festo p. *Ambitus* Confr. con Varro l. c.; Volusius Maecianus de Asse p. *Sestertius.*

(8) L. 9-11. C. *de aedif. priv.* (8. 10.) Nov. 63. prooem.

(9) L. 12. L. 13. C. *eod.*

(10) Tacit. Annal. XV. 43. Confr. *Reinesii* Inscr. VI. 19.

(11) Strabo Geogr. V. p. 162.; Sueton. in Octav. c. 89.

(12) Tacit. l. c.

(13) Aurel. Victor Epitome c. 13.

(14) L. 1. § 17. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1) L. 12. § 4. C. *de aedif. priv.* (8. 10.); *Brisson* Sel. antiq. l. c. 1. 2. Ma una delle più singolari restrizioni nell'edificare fu da Giustiniano introdotta nella Nov. 63. soltanto per Costantinopoli.

(15) L. 10. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 30. D. *de usufr.* (7. 1.)

no di fabbricare accanto all'aja del vicino in modo che ne resti impedito il corso dell'aria (16). 2) Per le XII Tavole del pari non si possono far piantagioni, nè cavar fosse o pozzi se non in una certa distanza dal confine (17). 3) Inoltre non è permesso di fare alcuna opera sul fondo, per la quale con danno del vicino (18) venga alterato l'antico corso dell'acqua (19), la qual cosa anche pare aver avuto origine dalle XII. Tavole (20). 4) In generale non son permesse tutte quelle innovazioni ed opere, che senza far pro al proprietario cagionano ad altri danno e fastidio (21). Più numerose son quelle restrizioni che si riferiscono al lato negativo della proprietà. 1) Niuno è tenuto a soffrire le radici dell'albero del vicino (22) non meno che gli alberi che il vento ha ripiegati sul suo fondo (23), ma deve soffrire i rami sporgenti, quando non pendono propriamente sopra un edifizio (24), e può solo domandare che sieno tagliati fino all'altezza di 15 piedi da terra (25). Così aveano disposte le XII Tavole. (26) 2) Ma per contro il proprietario dell'albero, che non toglie volontariamente questi rami, deve secondo l'editto del pretore

(16) L. 14. § 1. C. *de servit.* (3.34.)

(17) L. 13. D. *fin. reg.* (10. 1.). La distanza medesima rimane incerta, imperocchè non si vede con precisione quel che le dodici Tavole presero dalla qui citata legge di Solone, e quelle per lo meno estesero la disposizione sulla distanza degli edifizii da due piedi a due e mezzo. Confr. *C. A. Rosen*, Fragmenti Gajani de jure confinium quod extat in L. ult. D. fin. reg. interpretatio. *Lemgow* 1831. Secondo la L. 1. C. *de aquaeduct.* (11. 42.) gli alberi doveano rimanere alla distanza di quindici piedi dai pubblici condotti di acqua.

(18) Le innovazioni che privano soltanto di un vantaggio il vicino, non son vietate L. 26. pr. D. *de damno inf.* (39. 2.) L. 1. § 11. 12. D. *de aqua pluv.* (39. 3.) L. 2. § 13. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.). Nondimeno Diocleziano nella L. 7. C. *de serv.* (3. 34.) fece un'eccezione pel caso che un corso di acqua esistesse da tempo immemorabile.

(19) L. 1. § 1. 2. 6. 13. 14. 15. 22. D. *de aqua pluv.* (39. 3.) L. 1. C. *de alluv.* (7. 41.)

(20) L. 21. D. *de statu lib.* (40. 7.) L. 5. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.); Cic. top. c. 9.

(21) L. 1. § 12. L. 2. § 9. D. *de aqua pluv.* (39. 3.) L. 44. D. *de injur.* (47. 10.) L. 3. D. *de oper. publ.* (50. 10.) Nov. 63.

(22) L. 6. § 2. D. *arb. furt. caes.* (47. 3.) L. 1. C. *de interd.* (8. 1.)

(23) L. 2. D. *de arb. caed.* (43. 27.)

(24) L. 1. pr. § 1-6. D. *eod.*

(25) L. 1. § 7-9. D. *eod.*; Paul. S. R. V. 6. § 13.; Basilic. lib. 60. tit. 16. lex. 13. Sulle diverse opinioni veggasi *Thibaut* trattato Civ. n. 1. *Dirksen* op. cit. p. 224. seg. *Andreae* Comm. ad tit D. *de arbor. caed.* Jenae 1816. 8. *Hugo* Storia del dritto p. 205. seg. *Kirsten* de coercit. arborum. Goettingae 1820. 8. J. J. *Lang* de lege 1. § 7-9. D arbor. caed. Heidelb. 1823. 8.

(26) L. 1. § 8. L. 2. D. *eod.*

permettere che il vicino li tagli e ritenga per se, altrimenti si può promuovere contro di lui l' interdetto *proibitorio de arboribus caedendis* il che per analogia fu applicato anche alle radici (27). 3) Al proprietario dell'albero debb' esser permesso di raccogliere i frutti caduti oltre il confine, il che parimenti è fondato sulle XII Tavole (28); nondimeno egli non può entrare a questo fine nel fondo altrui che *tertio quoque die* cioè un giorno sì ed un giorno nò (29); ma se ciò gli viene impedito, l'editto gli dà un interdetto *de glande legenda* (30). Il proprietario ha pure la facoltà di venire a prendere altre cose che sieno cadute nel nostro fondo (31), ben inteso però che dee risarcire il danno che per avventura le cose abbiano arrecato, ovvero prestar cauzione (32). 4) Quelli che son limitrofi ad una via pubblica debbono non solo per la legge delle XII Tavole permettere il passaggio per le loro terre, quando la via è divenuta impraticabile (33), ma dare eziandio il suolo necessario pel ristauramento della medesima (34). 5) Del pari per un Rescritto di Settimio Severo e Caracalla si dee concedere mediante il pagamento di un prezzo il passaggio necessario per andare ad un sepolcro (35). 6) Dopo Costantino si possono aprir delle miniere e cave di minerali anche nelle terre altrui (36), ma Graziano ordinò che se ne pagasse il decimo al proprietario del suolo (37), e Teodosio I. vi aggiunse l'eccezione, purchè non si arrecasse danno agli edifizi (38). Ma la più singolare limitazione della proprietà sugl'immobili fu senza dubbio la disposizione contenuta nella *Lex Licinia* an. di R. 386 che nessuno potesse possedere più di 300 jugeri (39), disposizione, la quale trasgredita dal suo stesso autore il Tribuno C. Licinio Stolo (40), non

(27) L. 1. pr. § 7. D. *eod.* L. 1. C. *de interd.* (8. 1.)

(28) Plin. H. N. XVI. 5. Confr. L. 14. § 3. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(29) L. 1. § 22. D. *de aqua quotid.*; (43. 20.) Gell. IX. 4.; Cic. Tusc. quaest. II. 10. in Verr. II. 2. c. 56.; Sueton. in Caesare c. 40.; Macrob. Saturn. I. 13. 14.; Isidori Orig. VI. 17. § 15.

(30) L. un. D. *de glande legenda* (43. 28.) L. 9. § 1. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(31) L. 5. § 3.-5. L. 9. § 1. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(32) L. 9. § 1. 3. D. *de damno infecto* (39. 2.) L. 8. D. *de incend.* (47. 9.)

(33) Cic. pro Caecina c. 18.

(34) L. 14. § 1. D. *quaemadmodum serv. amitt.* (8. 6.)

(35) L. 12. pr. D. *de relig.* (11. 7.)

(36) L. 1. C. Th. *de metallis* (10. 19.)

(37) L. 10. C. Th. *eod.* L. 3. C. *eod.* (11. 6.)

(38) L. 6. C. *eod.*

(39) Liv. VI. 35. seg.

(40) Liv. VII. 16.; Plin. H.N. XVIII. 3.; Valer. Max. VIII. 6. § 3.; Columella I. 3.

fu mai strettamente osservata; ad ogni modo cadde presto in dimenticanza, e forse non riguardava le terre private ma solo l' *ager publicus* (41).

B. Dell' alienazione.

§ 160. Per alienazione della proprietà s' intende qualunque volontaria cessione a favore di un altro di tutti o di alcuni dritti che son compresi nella proprietà, e quindi anche la cessione di una comproprietà, la costituzione di un *jus in re*, e la manomissione di schiavi (1), anzi è anche alienazione quando alcuno rende una cosa *res publica o res divini juris* (2), ovvero scientemente la lascia acquistar per usucapione (3). Anche il dritto di alienare può in più guise e con diversi effetti esser limitato (4).

1.° Per la legge, e le proibizioni legali di alienare son dirette parte al bene del proprietario stesso (5), e parte a qualche pubblico interesse (6), ma principalmente al vantaggio di altri (7). Le alienazioni contro il divieto della legge per regola son nulle (8). Nondimeno solo colui per riguardo del quale il divieto si è fatto, può opporre la nullità; e può opporla anche lo stesso alienante (9), purchè la nullità

(41) La congettura di *Niebuhr* che la lex Licinia avesse ristretto soltanto il possesso dell' ager publicus ha senza dubbio molto fondamento; solamente è da osservare che ciò non apparisce dalle fonti, per la qual cosa io qui non l' ho voluta trasandare.

(1) L. 2. pr. D. *de cond. instit.* (28. 7.) L. 7. C. *de reb. al. non alien.* (4. 51.) L. 1. C. *de fundo dot.* (5. 23.) L. 3. § 2. 3. C. *Commun. de legat.* (6. 43.)

(2) L. 9. C. *de pact. inter empt. et vend.* (4. 54.) L. 3. D. *de litigiosis* (44. 6.)

(3) L. 28. pr. D. de V. S. (50. 16.)

(4) Qui non si ha anche considerazione alle restrizioni indirette e che si deducono soltanto per conseguenza come p. es. quella che risulta dal difetto di volontà del proprietario.

(5) Per esempio quando il minore che ha ottenuto la venia aetatis, non può ciò non ostante alienare alcun fondo L. 2. § 1. L. 3. C. de his qui ven. aet. (2. 45.)

(6) Per esempio il divieto del Sctum Hosidiacum di vendere gli edifizii per demolirli L. 52. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 48. D. *de damno infecto* (39. 2.) L. 2. C. *de aedif. priv.* (8. 10.) La mia St. § 102. Nota 5., ed il divieto imposto ai Decurioni di non potere in generale alienare alcun fondo. La mia St. § 129. Nota 6.

(7) V. § 76. Nota 30. § 111. Nota 9. § 113. Nota 14. § 144. Nota 17.

(8) L. 5. C. *de legib.* (1. 14.) pr. J. *quib. al. licet vel non* (2. 8.). Una eccezione ha luogo quando un debitore aliena cose mobili specialmente oppignorate, il che egli non può, ma nondimeno l'alienazione vien solo punita come furto, V. appresso § 208. Nota 24.

(9) L. 1. L. 14. C. *de praed. et al. reb. min.* (5. 71.)

sia introdotta in suo favore, mentre in altri casi gli farebbe ostacolo l'*exceptio doli* (10).

2.° Per decreto del magistrato, il quale, quando è permesso, opera come un divieto della legge (11).

3.° Per una disposizione testamentaria. Nondimeno un divieto di tal fatta, secondo un Rescritto di Settimio Severo e Caracalla è efficace solamente quando il testatore ha vietato a' suoi successori l'alienazione per vantaggio di una determinata persona, ed ha espressamente indicata questa ragione (12), e per un Rescritto di Alessandro Severo anche quando il testatore per vantaggio de' suoi successori ha vietato a' loro tutori di alienar certe cose (13); in questi due casi il divieto è parimente assomigliato a un divieto della legge (14).

4.° Per convenzione del proprietario, la quale quando non riguarda semplicemente alcune determinate alienazioni, rende assolutamente illegittima ogni specie di alienazione (15), e però il proprietario per la trasgressione della sua promessa dee dare il risarcimento (16), ed anche pagare la pena convenzionale forse pattuita (17). Má qui l'alienazione non è nulla (18), neppure nel caso che un debitore abbia promesso al suo creditore di non alienare il pegno (19). Solo la convenzione che uno schiavo non sia manomesso, ha sempre per effetto la nullità della manomissione, il che veramente all'epoca de' giureconsulti classici era ancora controverso (20), ma da Gordiano fu deciso nel sopradetto mo-

(10) L. 88. § 14. D. *de legat.* II. (31.) L. 7. C. *de reb. alien. non alienand.* (4. 51.)

(11) L. 12. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 7. § 5. D. *pro emptore* (41. 4.)

(12) L. 114. § 14. D. *de legat.* I. (30.)

(13) L. 2. C. *de usucap. pro emptore* (7. 26.)

(14) L. 2. C. *cit.* L. 3. § 3. § 3. C. *commun. de legat.* (6. 43.)

(15) L. 7. C. *de reb. al. non alien.* (4. 51.) L. 9. C. *de pact. inter empt. et vend.* (4. 54.)

(16) L. 75. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 21. § 5. D. *de act. empti vend.* (19. 1.) L. 135. § 3. D. *de* V. O. (45. 1.) L. 3. C. *de cond. ob caus. dat.* (4. 6.)

(17) L. 11. D. *de relig.* (11. 7.) L. 38. § 17. D. de V. O. (45. 1.)

(18) L. 61. D. *de pact.* (2. 14.) Paul. S. R. II. 13. § 5. *Lauck* nel giornale pel dritto e procedura civile vol. V. n. 1. § 5. Di altra opinione sono oltre a parecchi Glossatori presso *Haenel*, Dissensiones dominorum p. 223. seg., anche *Merenda*, Contr. jur. I. 38.; *Faber* de error. pragm. LXXXVII. 5-10.; *J. a Sande* de prohib rer. alien. P. IV. c. ult. Leov. 1657.; *J. N. Hert* de pacto ne dom. rem suam alienet § 17. (Oper. vol. I. T. 3. p. 101.); *Gluck* Spiegazione sistematica delle Pand. vol. XVI. p. 54. seg.

(19) Non si oppone la L. 7. § 2. D. *de distr. pign.* (20. 5.) V. § 208. Nota 24.

(20) L. 6. pr. D. *de serv. export.* (18. 7.)

do (21). È effetto di privilegio singolare che quando il Fisco, o l'Imperadore, o l'Imperatrice hanno alienato, l'acquirente debb'esser protetto contro ogni attacco da parte degli altri, sia che questi sostengano di appartener loro la proprietà, o un *jus in re*, ovvero alleghino un divieto di alienare. Ciò prende origine da un editto di Marc-Aurelio, il quale però riguardava soltanto le alienazioni del Fisco, e ne escludeva l'impugnazione solamente dopo 5 anni (22). Pare che Costantino fosse il primo a fare la medesima disposizione per le donazioni dell'Imperatore, e che avesse per questo caso assolutamente vietata ogni impugnazione (23). Ma Zenone dichiarò egualmente inammisibile l'impugnazione per qualunque alienazione fiscale, e permise a chi ne rimaneva danneggiato di domandarne il ristoro dal Fisco fra il termine di 4 anni (24), e Giustiniano estese questa disposizione a tutte le alienazioni del Sovrano o della Sovrana (25).

2) *Delle azioni relative alla proprietà.*

a) *Rei vindicatio.*

§ 161. Molte azioni poggiate sopra un altro fondamento possono servire in certe circostanze anche al proprietario per la protezione o pel ricuperamento della sua cosa, segnatamente gl'interdetti possessorii; ma ci ha pure due azioni le quali sono solamente fondate sulla proprietà, la *rei vindicatio e l'actio negatoria*. Dal dritto di escludere gli altri compreso nella proprietà segue, che il proprietario ha la facoltà di chiedere la restituzione della sua cosa contro ogni possessore della medesima, se questi non può provare di avere uno special dritto di detenzione (1), ed a questo fine gli è data una particolare *actio arbitraria*, la quale perchè non deriva da un'obbligazione personale, appartiene alle *actiones in rem* (2), ed è la più antica di tutte le *rei vindicationes*. È in ciò indif-

(21) L. 5. C. *si mancip. ita fuerit alienatum* (4. 57.)

(22) § 14. J. *de usucap.* (2. 6.) Confr. L 8. C. *de remiss. pign.* (8. 26.) L. un. C. *de vend. rer. fisc.* (10. 4.) L. 5. C. *de fide et jure hastae fisc.* (10. 3.)

(23) L. 1. C. *de quadrienn. praescr.* (7. 37.)

(24) L. 2. C. *eod.*

(25) L. 3. C. *eod.*

(1) L. 8. C. *de fide instrum.* (4. 21.) L. 10. C. *de pign. act.* (4. 24.) L. 1. C. *si pign. conv.* (8. 33.)

(2) Caj. IV. 3. 4.; § 1. J. *de act.* (4. 6.) L. 1. pr. § 1. L. 68. D. *de rei vind.* (6. 1.)

ferente di qual natura sia la cosa (3), ed anche un comproprietario pu rivendicare la sua parte ideale di una cosa (4). Ma si presuppone ch l'attore non posseggu, e che invece il convenuto sia nel possesso dell cosa rivendicata (5). Il primo requisito soffre eccezione soltanto allor chè il proprietario rivendica dal suo detentore (6), nel qual caso no gli è di ostacolo che egli medesimo continui ad essere il possessore c vile (7); il secondo, soltanto allorchè il convenuto per finzione si pu ritener come possessore (8). Intanto basta che il convenuto abbia il pos sesso naturale, quantunque secondo il dritto antico l'azione non si des se che contro il possessore civile (9), ma il detentore può anche sol trarsi dal giudizio mediante la così detta *laudatio auctoris* (10). Se convenuto nega falsamente il possesso e ne è convinto, dee per pena re stituir la cosa senza che l'attore abbia bisogno di dimostrare la su proprietà (11). Vale lo stesso quando il convenuto non vuole impe gnarsi nella lite, ed in ambedue i casi compete al rivendicante un inter detto *adipiscendae possessionis*, *l'interdictum quem fundum* che tend all'immediata consegna della cosa (12). In altri casi l'attore dee prova re la sua proprietà (13), e quando egli ha allegata di già nell' azion una determinata causa di acquisto, dee provar questa appunto (14) Prima di Giustiniano intanto il convenuto anche dopo eseguita la pruo va poteva opporre l' eccezione del pegno o altro dritto di detenzione Ma Giustiniano tolse al convenuto che avea negato il dritto di pro prietà il tardivo pretesto di cosiffatta eccezione (15). La restituzion senza dubbio deve eseguirsi nel luogo ove la cosa si ritrova, purchè

(3) L. 1-3. D. *eod.*

(4) L. 3. § 2. L. 4. L. 5. L. 6. D. *eod.*

(5) § 2. J. *de act.* (4. 6.)

(6) Si contengono degli esempii nella L. 7. pr. L. 12. D. *usufr. quemadm. ca.* (7. 9.)

(7) L. 12. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 10. C. *eod.* (7. 32.). Questo è il *casu unicus* del § 2. J. *de act.* (4. 6.)

(8) L. 25. L. 26. L. 27. L. 27. D. *de rei vind.* (6. 1.) V. § 60. Nota 10. e 11.

(9) L. 9. D. *eod.*

(10) L. 2. C. *ubi in rem act.* (3. 19.) V. sopra § 60. Nota 15.

(11) L. 80. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(12) Ulpiani Inst. Fragm. ed. *Endlicher* p. 7. Fragm. Vat. § 92.; *Rudorff* nel giornale per le cognizioni storiche del dritto vol. IX. p. 19.

(13) Caj. IV. 93.; L. 28. C. *de rei vind.* (3. 32.) L. 2. L. 16. L. 21. C. *de probat.* (4. 19.) V. appresso § 175.

(14) L. 11. § 1. 2. L. 14. § 2. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.)

(15) Nov. 18. c. 10.; Auth. *Item possessor* C. *qui potior* (8. 18.)

l'attore non voglia addossarsi le spese del trasporto della medesima nel luogo dove l'azione si è intentata, o il convenuto non l'abbia dolosamente allontanata (16). D'altra parte il convenuto può esser costretto alla restituzione in conformità dell'*arbitrium judicis* (17); per la qual cosa non ha luogo la condanna al rimborso del valore secondo la stima giurata dell'attore se non quando egli è semplicemente un possessore finto, o non possiede più la cosa, ed in ciò vi è questa differenza da fare, che l'attore, se vi è dolo da parte del convenuto, può calcolare nella stima tutto il suo interesse, altrimenti solo il valore della cosa (18), ed il convenuto in caso che la cosa siasi perduta senza sua colpa, generalmente non è tenuto alla restituzione del valore se non in quanto l'attore mediante un'alienazione avrebbe evitata la perdita, se la cosa senza indugio gli fosse stata restituita al principio della lite (19). Pe'deterioramenti della cosa un possessore di mala fede è risponsabile in generale, ma un possessore di buona fede, salvo i deterioramenti dolosi, non è risponsabile che dalla contestazione della lite (20). Oltre a ciò il convenuto, anche quando la cosa principale per effetto di un caso fortuito non si possa più restituire, dee rendere o rimborsare la *causa rei*, cioè le pertinenze, i frutti e i prodotti, e tutto ciò che per mezzo di quella cosa abbia acquistato (21). Nondimeno relativamente ai frutti si deve distinguere : 1) Sui frutti che appartengono ad un altro naturalmente il rivendicante non può avere alcuna pretensione (22). 2) Prescindendo da ciò, il possessore di mala fede dee non solamente restituire o rimborsare tutt' i frutti percepiti, ma bonificare eziandio i *fructus percipiendi* (23), mentre il possessore di buona fede è tenuto in questo medesimo modo soltanto dalla contestazione della lite in poi (24), ma pel tempo anteriore non è affatto risponsabile pei *fructus percipiendi* (25), e de' frutti prima realmente percepiti non è tenuto a restituire che i soli *fructus extantes* (26), anzi neppure a

(16) L. 10-12. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(17) L. 68. D. *eod.*

(18) L. 68. D. cit. Confr. con L. 15. § 1. L. 17. pr. § 1. L. 21. L. 22. L. 46. L. 71. D. *eod.*

(19) L. 15. § 2. 3. L. 16. D. *eod.*

(20) L. 13. L 15. § 3. L. 45. D. *eod.*

(21) L. 16. pr. L. 17. § 1. L. 20. L. 34. L. 79. D. *eod.* L. 2. C. *eod.* (3. 32.)

(22) L. 33. L. 35. pr. D. *eod.*

(23) § 35. J. *de rer. div.* (2. 1.) § 2. J. *de offic. jud.* (4. 17.) L. 17. § 1. L. 33. L. 62. pr. § 1. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 5. L. 22. C. *eod.* (3. 32.)

(24) § 2. J. *de offic. jud.* (4. 17.) L. 2. C. *de fruct.* (7. 51.)

(25) § 2. J. cit. L. 78. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 22. C. *eod.* (3. 32.)

(26) § 35. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 4. § 2. D. *fin. reg.* (10. 1.) L. 22. C. *de re vind.* (3. 32.) V. appresso § 165. Nota 24-28.

questi è tenuto, se li abbia posseduti pel tempo dell' usucapione
Se il convenuto è nel tempo stesso erede di un precedente posse
della cosa rivendicata, è risponsabile anche per tutto ciò che que
vrebbe dovuto restituire, se si fosse contro di lui intentata l'azione
Dall'altro lato si debbono bonificare al convenuto le spese di coltu
i frutti restituiti o rimborsati (29), come pure le spese fatte per la
e tra queste le necessarie, ad ogni possessore tranne il ladro (30),
utili solo al possessore di buona fede (31), presupposto però che l
utilità sussista tuttora, che il loro rimborso non renda all'attore
sa soverchiamente dispendiosa (32), e che non sieno di già state
pensate col godimento de' frutti (33), le spese voluttuose poi n
rimborsano mai (34). Nondimeno il convenuto può sempre toglie
il prodotto delle spese che non gli son rimborsate, quando ciò pos
seguirsi senza recar danno (35). Se anche un altro abbia prom
un'azione intorno alla medesima cosa, il convenuto nel restituire
domandare che gli si presti sicurtà per garentirlo da ogni danno che
ne possa risultare, *cautio defensum iri* (36). Ma non dee rimbo
ciò che il convenuto ha pagato per la cosa (37), eccettuati alcun
speciali (38). La diversità di procedimento che un tempo ebbe lu
cioè che si potesse agire o *per petitoriam formulam o per spo
nem* (39), pare di non aver avuto maggior influenza sulle prestaz
che sulla pruova, e però ce ne possiamo quì passare senz' altro di
tal proposito. Come tutte le *actiones in rem* che non sono azio

(27) L. 49. § 5. D. *de furtis* (47. 2.) L. 4. § 5. D. *de usurp.* (41. 3.)
(28) L. 42. L. 55. D. *de rei vind.* (6. 1.) V. appresso § 70. Nota 9.
(29) L. 46. D. *de usur.* (22. 1.) L. 1. C. *de fruct.* (7. 51.); Caj. II. 76.
(30) L. 5. C. *de rei vind.* (3. 32.) L. 13. D. *de cond. furt.* (13. 1.)
(31) § 30. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 65. D. *de rei. vind.* (6. 1.) L. 5. C. *cod*
II. 76. 78.
(32) L. 27. § 5. L. 28. L. 29. L. 30. L. 38. D. *eod.*
(33) L. 48. L. 65. pr. D. *eod.*
(34) L. 9. D. *de impens. in res. dot. fact.* (25. 1.)
(35) L. 38. D. *de rei. vind.* (6. 1.) L. 9. D. *de impens. in res. dot.* (25. 1.)
§ 12. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 5. C. *de rei vind.* (3. 32) L. 5. C. *de*
priv. (8. 10.)
(36) L. 57. L. 58. D. *de rei vind.* (6. 1.) Confr. manuale del Giureconsulto
Heise, e *F. Gropp*. Hamb. 1827. 8. vol. I. n. 14.
(37) L. 3. L. 23. C. *eod.* (3. 32.)
(38) L. 14. L. 16. C. *de praed. minor.* (5. 71.) L. 1. L. 4. L. 5. C. *si vend*
ug. (8. 30.) L. 1. pr. L. 2. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)
(39) Caj. IV. 91-95. V. sopra § 66. Nota 17.

ste (40) la *rei vindicatio* ha un doppio termine di prescrizione. Un possessore di buona fede può difendersi con la *exceptio longi temporis* (41), ma contro un ingiusto possessore, ovvero allorchè manca qualche condizione della l. t. *praescriptio*, l'azione non si prescrive che in 30 anni (42). Una particolare eccezione contro la revindicazione è la *exceptio rei venditae et traditae* introdotta nell'editto del pretore (43), la quale 1) può essere opposta a qualunque che in seguito della revindicazione sarebbe tenuto a prestar l'evizione al convenuto, e per conseguenza A. a colui che egli stesso ha alienata e consegnata la cosa (44), o per conto del quale si è fatta da un altro l' alienazione (45), eccetto solo quando l'alienazione era vietata precisamente a suo favore (46); B. all'erede o altro successore universale del medesimo (47), C. ed a colui che per legge o per una fidejussione prestata è risponsabile per la garentia che dee prestar l'alienante in caso di evizione (48); 2) ma può essere opposta anche a colui al quale alcuna delle sopradette persone abbia ceduto il suo dritto di rivendicazione, giacchè altrimenti la eccezione potrebbe rendersi vana mediante una cessione (49). Veramente in generale questa eccezione pare semplicemente un' applicazione dell'*exceptio doli* (50), ma la limitazione dell'*exceptio doli* di non potersi usare contro persone, alle quali il convenuto dee rispetto, e contro successori a titolo oneroso (51) non ha luogo nella *exceptio rei venditae et traditae*, anzi forse il principio che la *exceptio doli* si oppone a chiunque debba egli stesso rimborsare ciò che chiede, fu primamente derivato e

(40) V. sopra § 62. Nota 23. § 74. Nota 37.

(41. L. 2. L. 5. L. 6. L. 9. C. *de praescr. longi temp.* (7. 33.) L. 3. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.) V. sopra § 74. Nota 34.

(42) L. 8. § 1. C. *de praescr.* 30. ann. (7. 39.)

(43) *A. L. J. Michelsen* Diss. *de except. rei vend. et trad.* Berlino 1824. 8.

(44) L. 72. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 10. D. *de distr. pign.* (20. 5.) L. 1. pr. D. *de exc. rei vend.* (21. 3.) L. 7. D. *de jure dot.* (23. 3.). Nell' alienante medesimo non si riguarda neppure se egli per qualche ragione sia libero dall' obbligo di prestar evizione. L. 10. D. *de distr. pign.* (20. 5.)

(45) L. 49. D. *mandati* (17. 1.) L. 1. § 2. D. *de exc. rei vend.* (21. 3.)

(46) L. 2. L. 16. C. *de praed. min.* (5. 71.) L. 32. § 2. D. ad Sct. Vellej. (16. 1.) L. 1. § 3. D. *de exc. rei vend.* (21. 3.)

(47) L. 1. § 1. L. 2. L. 3. D. *eod.* L. 73. D. *de evict.* (21. 2.) L. 14. C. *de rei vind.* (3. 32.) L. 14. C. *de evict.* (8. 45.)

(48(L. 11. C. *eod.*

(49) L. 2. L. 3. § 1. D. *de exc. rei vend.* (21. 3.) L. 4. § 32. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(50) L. 4. § 32. L. 8. pr. D. *eod.* L. 173. § 3. D. de R. J. (50. 17.)

(51) L. 4. § 27-32. D. *de doli exc.* (44. 4.)

dedotto dalla *exceptio rei venditae et traditae* in forza della regola
ogni *exceptio facti* può esser formolata eziandio come *exceptio d*
Una seconda particolare eccezione contro la rivendicazione fu introd
ta fin nelle leggi delle XII Tavole, mentre i materiali di un edifizio
gna coi quali altri ha edificato, e i pali di cui uno si è servito per
vigne non possono esser rivendicati finchè l'edifizio e la vigna su
ste (32).

b) Actio negatoria.

§ 162. Sull' indole esclusiva della proprietà è poggiata l'*actio ne*
toria s. negativa, la quale il proprietario può intentare contro ciascu
che lo impedisce dall'usare e goder liberamente della cosa sua (1)
fa in essa qualche cosa, o ne usa in qualche modo (2), o anche sost
ne di avervi un tal dritto (3), come pure contro ciascuno le cui co
son ridotte a tale stato che ne debba venir pregiudizio al fondo
un altro (4). Quest'azione come derivazione della proprietà è anc
un'*actio in rem* (5), e tende al riconoscimento della proprietà in co
tesa, come pure per conseguenza al risarcimento del danno arrec
ed alla restituzione de' frutti forse raccolti, e se è necessario, anche
la prestazione di una sicurtà contro le ulteriori molestie (6), il cui

(32) § 29. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 23. § 6. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 6. L.
pr. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 1. pr. § 1. D. *de tigno juncto* (47. 3.) L. 62. D. de
S. (50. 16.); Festo p. *Tignum*. Il divieto non si estende a quelle parti dell'edifizio
non son comprese sotto la denominazione di *Tigna*, come sarebbero le colonne L. 23
1. D. *de usurp.* (41. 3.)

(1) L. 4. § 7. D. *si serv. vind.* (8. 5.); Caj. IV. 3.; L. 15. D. *de op. nov. nu*
(39. 1.). Che l'azione in questo caso anticamente fosse chiamata actio confessoria, co
sostengono *J. H. Boehmer* Doctr. de act. II. 2. § 40.; *J. F. Reinhardt* Paradoxa
ca act. negat. Witerbergae 1746. § 4.; *L. C. Schroder* Pr. de act. negat. Marb. 17
§ 4. 6. 8.; *Veltheim* de act. conf. et negat. Kil. 1822. 4., per lo meno è cosa che n
si potrebbe provare.

(2) § 2. J. *de act.* (4. 6.) L. 5. pr. § 6. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 2. pr. L.
§ 1. L. 8. § 5. L. 12. L. 14. pr. L. 17. § 2. D. *si serv. vind.* (8. 5.) L. 29. § 1.
leg. Aquil. (9. 2.)

(3) § 2. J. *de act.* (4. 6.) L. 5. § 6. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 8. § 3. D. *si se*
vind. (8. 5.)

(4) L. 13. L. 14. § 1. L. 17. pr. D. *si serv. vind.* (8. 5.) L. 2. D. *de arb. caedei*
(13. 27.) L. 6. § 2. D. *arb. furt. caes.* (47. 7.)

(5) Caj. IV. 3.; § 2. J. *de act.* (4. 6) L. 2. pr. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(6) L. 5. § 6. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 4. § 2. L. 7. L. 12. D. *si serv. vind.* (
5.) L. 8. C. *de servit.* (3. 34.)

fatto autorizza il proprietario al *juramentum in litem* (7). Se il convenuto non vuol difendere la lite, gli si può senz' altro esame imporre che si astenga dalla cosa, finchè egli da sua parte facendosi attore avrà dimostrato il suo dritto (8). Nel caso opposto l' attore dee provare la sua proprietà, e rimane perditore se ciò non può fare (9). Ma non è richiesto (10) ch'egli provi eziandio che la sua proprietà è illimitata e senza alcuna restrizione, il che, trattandosi di quello stato delle cose altrui che ne fa temere un danno, sarebbe affatto assurdo (11); il convenuto piuttosto, il quale sostiene di avere un dritto limitativo della proprietà di un altro, dee provare questa eccezione (12) anche quando egli per un ripetuto esercizio si trovi nel possesso del preteso dritto (13). L'*exceptio longi temporis* ha luogo anche contro l'azione negatoria (14), ma quando questa eccezione non è fondata, l'azione, secondo la regola generale, non si prescrive che in 30 anni.

II. ACQUISTO DELLA PROPRIETA'

1) *Prospetto generale.*

§ 163. Gli acquisti universali riguardano la proprietà non altramente che tutti gli altri dritti del patrimonio, ma qui son da dichiarare solamente gli acquisti singolari (1), i quali per lo più seguono per mez-

(7) L. 7. D. *si servit. vind.* (8. 5.)

(8) L. 15. L. 45. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.) L. 7. D. *de aqua quotid.* (43. 20.)

(9) L. 5. pr. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.)

(10) V. i passi citati nella Nota 4.

(11) *Puchta* nel Museo Renano vol. I. p. 105. seg.; *Mittermajer* nell' Archivio per la prat. civ. vol. XIX. n. 11.; *Hoffmann* op. cit. § 125.

(12) L. 10. pr. D. *si serv. vind.* (8. 5.) L. 7. L. 9. C. *de serv.* (3. 34.)

(13) Non si oppongono le L. 15. D. *de op. nov. nunt.* (39. 5.) L. 8. L. 14. D. *de probat.* (22. 3.) L. 7. § 5. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 6. § 1. L. 8. § 3. D. *si serv. vind.* (8. 5.). Sarebbe strano se il quasi possesso di una servitù che si acquista tanto facilmente (§ 181. e 184.) ponesse qui il convenuto in una condizione più favorevole che il possesso corporale nella rivendicazione, il quale non lo libera dalla prova del pegno o altro dritto di detenzione che egli pretenda (§ 161. Nota 1.). La *praesumptio pro possessione*, che *in pari causa* dà il tracollo, qui non può esser decisiva, imperocchè non è pari la causa, se l'attore ha dimostrato la sua proprietà, e quindi si ha un dritto certo dell'attore, ed un dritto solamente incerto da parte del convenuto. La circostanza che forse l'attore il quale si aspetta l'eccezione di un dritto limitativo, lo neghi fin dall' istituire la sua azione, essendo una semplice anticipazione di una replica, naturalmente non porta alterazione in quanto al carico della prova.

(14) L. 10. D. *si serv. vind.* (8. 5.) L. 12. C. *de praescr.* l. t. (7. 33.)

(1) Una compiuta enumerazione dei medesimi non s'incontra nelle fonti, imperocchè

zo di un atto diretto precisamente all'acquisto, ma in più casi s
tuano anche senza un tale atto come *acquisitiones lege* s. *ipso j*
differenza più importante dei modi di acquisto della proprietà s
l'appartenere agli acquisti derivativi o originarii, giacchè quell
no sempre un rapporto di successione tra l' acquirente ed il suc
re; il che però non si deve intendere come se gli acquisti or
cadessero semplicemente sopra cose senza padrone; soltanto, q
anche la cosa già avesse un padrone, il nuovo proprietario non
putato in ciò come successore del primo. Appo i Romani eravi
la distinzione di *acquisitiones civiles*, *praetoriae*, e *naturales* s
gentium, la quale dipendeva dal vedere se un modo di acquist
origine dal *jus civile* in senso stretto, o dal *jus honorarium*, o
era preso dal *jus gentium* (2), ed in parecchi rapporti era feco
molte conseguenze. Imperocchè de' modi puramente civili colo
tanto eran capaci che aveano il *jus commercii*, e quindi solo i c
ni Romani e i Latini (3), inoltre questi non ammettevano rapp
tanza di altri che di quelli sui quali l'acquirente avea la *potesta*
e per gli acquisti pretorii per lungo tempo non si conseguì la
proprietà (5). Ma che anche gli acquisti naturali non producess
piena proprietà, ciò è inesatto (6), come si può già dedurre d
sto, che essi essendo riconosciuti nel dritto romano erano anch
nuti acquisti romani, e quindi sol per rispetto alla loro origine
tenevano al *jus gentium* (7). Del resto se l'acquisto non si fa ch

l'enumerazione che si trova in Ulp. XIX. 2. « Singularum rerum dominia nobi
runtur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, l
rapporta solamente agli acquisti derivativi, e neppure li comprende tutti, e lo s
casi della enumerazione che ne fa Varrone *de re rust*. II. 10. « In emptionibus do
legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem justam adit; si ut debuit mancip
pit, a quo jure civili potuit; aut si in jure cessit cui (qui) potuit cedere, et id u
tuit; aut si usu cepit; aut si e praeda sub corona emit; tumve cum in bonis se
cujus publice venit, la quale indica come il venditore di uno schiavo deve averl
stato per poterne trasferire nuovamente la proprietà, dove si è anche tenuto con
pajo di modi universali di acquisto.

(2) Caj. II. 65.; § 11. J. *de jure nat.* (2. 1.) L. 23. pr. D. *de rei vind.* (6
1. pr. L. 53. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(3) Caj. II. 65.; Ulp. XIX. 3-5.; Cic. *de offic*. I. 12.; Liv. XLIII. 5.

(4) L. 53. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(5) V. appresso § 174.

(6) L. 23. pr. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 9. § 3. D. *de adq. rer. dom.* (41
12. 17. 20. 25. 35. 40. 41. J. *de rer. div.* (2. 1.); Caj. II. 66. 69. IV. 16.
presso § 174.

(7) Che i Romani non abbiano assolutamente dato valore a tutte le *adquisition*

to una condizione risolutiva, o sotto altre circostanze le quali operano un ritorno della cosa all'antico proprietario, la proprietà al presente si suol chiamare rivocabile (8).

1) *Modi singolari di acquisto.*

A. Originari.

§ 164. Agli acquisti originari, che quasi tutti sono *adquisitiones naturales*, appartengono:

1.° *L'occupazione* delle cose senza padrone, sulle quali si acquista la proprietà subitochè alcuno con l' intenzione di acquistarle ne ha preso il possesso, non importando se non sieno ancora appartenute ad alcuno, o sieno state abbandonate da un antico proprietario (1). Particolari applicazioni di questa occupazione sono 1) la caccia *venatio*, la pesca *piscatio*, e l' uccellagione *aucupium*, giacchè tutti gli animali detti *ferae* finchè non son presi, quantunque si trovino ne'parchi e nelle peschiere si ritengono senza padrone, e la loro occupazione non patisce altra restrizione se non questa che niuno è tenuto a soffrire che altri a questo fine entri nelle sue terre (2). 2) Il bottino de' nemici *praeda*; giacchè questi secondo l'antico dritto delle genti si reputavano assolutamente come cose senza padrone, il perchè ciascuno si poteva impadronire delle loro persone per farli schiavi, come delle loro cose, anche delle *res divini juris*, e per tal modo ne diveniva proprietario (3). Solo il territorio conquistato apparteneva in generale allo stato (4), e ciò che i soldati in servizio si appropriavano dovea in pena del peculato esser restituito (5), e si vendeva a profitto del tesoro del-

gentium cel mostra la tradizione, la quale era riconosciuta soltanto per le *res nec mancipi* (§ 166.), finchè l'Editto per metà (§ 177. Nota 10.) e Giustiniano in tutto mutò questo sistema (§ 166. Nota 10.

(8) Confr. appresso § 172.

(1) Caj. II. 66.; § 12. 18. 47. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 3. pr. L. 7. § 3. L 30. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 1. § 1. D. *de adq. poss.* (41.2.)

(2) Caj. II. 67. 68.; § 12-16. J. *eod.* L. 1-3. L. 65. D. *de adq. rer. dom.* (41.1.)

(3) Caj. II. 69. IV. 16.; § 17. J. *eod.* L. 36. D. *de relig.* (11. 7.) L. 5. § 7. L. 7. pr. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.); Aristot. Polit. I. 2.; Polyb. V. II.; Liv. II. 17. XXXI. 30.; Dion. Hal. III. 51.; Gell. VII. 7.; C. *Osenbruggen* de jure belli et pacis Rom. Lips. 1836. 8. p. 43. seg. Una conseguenza del predetto principio è che anche colui che ha nelle mani cose di uno straniero, in caso di una guerra con lo Stato a cui questi appartiene, può ritenersi queste cose L. 51. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(4) L. 20. § 1. D. *de captiv.* (49. 15.)

(5) L. 15. D. *ad leg. jul. pecul.* (48. 13.) Dion. Hal. VII. 63.; Gell. XVI. 4.

lo Stato (6), salvochè il generale non avesse donato ai soldati il
no (7), dal che però i generali romani solevano eccettuare i
ni (8), quantunque anche in questo si trovino delle eccezioni (
da un altro lato i Romani riconoscevano ancora che chi cade in
del nemico diviene schiavo (10), e cessa la proprietà sulle cose
nemico ha prese e portate *intra praesidia* (11). Ma in caso di
zione dalle mani del nemico ha luogo un ripristinamento dello
primiero, *postliminium* (12), per le persone sempre (13), purch
si sieno spontaneamente rese al nemico (14), ma per le cose; s
lativamente ai fondi (15), schiavi (16), animali da soma (17),
mercantili (18), giacchè per le altre cose han luogo le regole or
sul bottino (19). Il *postliminium* giova anche ai confederati (20),
alle altre nazioni, alle quali il nemico ha tolto qualche cosa (21
rinvenimento di un tesoro *thesaurus* cioè danari e cose prezi
lungo tempo nascoste, delle quali non si può più conoscere il pr
tario (22). Mentre la sottrazione di altre cose ritrovate si ha

(6) Polyb. X. 16.; Liv. II. 42. III. 31. V. 26. XXVII. 19. XXXI
Cic. in Verr.. II. 1. e. 21. Nella vendita dei prigionieri sotto gli Imperadori fr
mente si aggiungeva la condizione che non dovessero esser liberati prima di un c
po. Sueton. in Octav. c. 21. Dio Cass. LX. 25.

(7) Polyb. l. c.; Liv. IV. 38. V. 22. VI. 4. 13. VII. 27. IX. 31. 37. XX
XXIV. 16. XXXV. 1.; L. 36. § 1. C. *de donat.* (8. 54.). Allora il Genera
guiva anch' egli la sua parte che dicevasi *manubia.* Ascon. ed Cic. in Verr. I
60.; Gell. XIII. 24.

(8) Liv. V.; 22. VI. 13. VII. 27. XXIII. 37. XXIV. 16.

(9) Liv. IV. 34.: Dion. Hal. IV. 50.

(10) L. 24. D. *de captiv.* (49. 15.) L. 7. pr. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.

(11) V. Nota 15-19.

(12) Festo p. *Postliminium*; *R. Teller de Postliminio.* Lips. 1758.; *Osen*
l. c. p. 51. seg.

(13) L. 4. L. 5. L. 9. L. 12. L. 14. L. 19. L. 25. L. 26. D. *de captiv.* (4

(14) Cic. *de offic.* III. 32. L. 19. § 4. L. 20. pr. D. *eod.* Una singolare
trovasi anche nella L. 4. D. *eod.*

(15) L. 20. § 1. D. *eod.*

(16) L. 12. § 7. L. 19. § 5. D. *eod.* Festo l. c.

(17) L. 2. § 1. D. *eod.*; Festo l. c.

(18) L. 2. pr. D. *eod.*; Festo l. c.

(19) L. 2. § 2. L. 3 L. 28. D. *eod.* Nondimeno spesso i Generali permette
antichi proprietarii di ricercare ciò che a loro s' apparteneva, prima che distribu
bottino tra i soldati. o lo consegnassero allo Stato. Liv. III. 10. IV. 29. V. 16
X. 20. 36. XXIV. 16. XXXV. 1.; Dion. Hal. IV. 51. XI. 48.

(20) Liv. IV. 29. X. 20.; L. 19. pr. D. *de captiv.* (49. 15.)

(21) Appian. de bello civ. I. 29.

(22) L. 31. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. un. C. *de thesauris* (10

furto (23), il tesoro poi appartiene all' inventore (24). Senza dubbio questo modo di acquisto non fu introdotto la prima volta da una costituzione di Adriano, giacchè i Romani lo riguardavano come un *adquisitio juris gentium*, ma sibbene fu confermato, essa però attribuì il tesoro ritrovato sul fondo altrui per metà al proprietario, ed in totalità, se era stato a bello studio ricercato (25). Quì per verità si era fatta l'eccezione che chi trovava un tesoro in *loco sacro vel religioso* poteva ritenerlo tutto egli solo (26); ma Marc-Aurelio e L. Vero anche quì come pel *locus publicus* ne attribuirono la metà al fisco (27), ed aggiunsero anche che quando l' inventore occultava la cosa ritrovata per frodare il fisco, per pena non solo dovea restituir tutto il tesoro, ma pagarne eziandio il valore, il che fu anche inculcato da Costantino (28). Graziano ridusse ad un quarto (29) la porzione da darsi al proprietario del fondo, e Valentiniano II. attribuì nuovamente all'inventore la totalità del tesoro (30). Ma Leone e Zenone ristabilirono le antiche disposizioni di Adriano e Marc-Aurelio, solamente proibirono di far uso di artifizi superstiziosi, e di ricercar tesori sui fondi altrui senza il consentimento del proprietario (31). 4) La recisione degli alberi. Come si è già innanzi accennato, quegli nel cui fondo si estendono i rami dell'albero del vicino può appropriarsi i rami che si debbon recidere, se il vicino non vuol tagliarli egli stesso, il che fu introdotto nell' editto del pretore e però è un modo di acquisto pretorio (32). 5) La prestazione del giuramento deferito in una contesa sulla proprietà, mediante il quale colui che giura acquista la cosa, il che potrebbe del pari esser

2. C. Th. *eod.* (10. 18.) Confr. con L. 44. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 22. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.); Sell saggi sul dritto civile vol. I. n. 3. e 4.

(23) L. 67. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 31. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 43. § 4. 8. D. *de furt.* (47. 2.) L. 3. pr. D. *de incend.* (47. 9.) § 48. J. *de rer. div.* (2. 1.) Confr. anche L. 22. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(24) L. 31. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(25) § 39. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 63. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. un C. *de thesaur.* (10. 15.)

(26) § 39. J. *cit.*

(27) L. 3. § 10. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(28) L. 3. § 11. D. *eod.* L. 1. C. Th. *de thesaur.* (10. 18.)

(29) L. 2. C. Th. *eod.*

(30) L. 3. C. Th. *eod.*

(31) L. un. C. *eod.* (10. 15.)

(32) L. 1. § 2. 7. D. *de arb. caed.* (43. 27.) Confr. con L. 6. § 2. D. *arb. furt. caes.* (47. 7.)

fondato sull' editto (33). 6) La presa delle cose gittate e spar popolo, *missilia jacta* (34).

Continuazione.

§ 165.

2.° La *specificazione*, cioè il lavoro pel quale da una cosa formata un'altra nuova, *nova species* (1). Essa può divenir cag l'acquisto della proprietà quando alcuno lavora o fa lavorare altrui non pel proprietario ma per se medesimo (2), intorno a cosa però le opinioni de' giureconsulti Romani erano molto Sabiniani, la cui opinione può ben riguardarsi come la teoria ria, non volevano riconoscere alcun cambiamento di proprietà sto mezzo, perchè la sostanza delle cose lavorate rimane tutt tochè la forma e la figura ne sia mutata. Per contrario i Procu tribuivano la proprietà allo specificante fondandosi su di ciò, col suo lavoro ha dato una nuova forma, ha effettivamente una nuova cosa, la quale come tale non apparteneva per innan cuno, e viene per conseguenza occupata mediante il lavoro. za scuola distingueva se poteva o no ristabilirsi l'antica for primo caso si uniformava ai Sabiniani, e solo nel secondo cred zialmente sufficiente la nuova forma per ammettere coi Pro risultamento di una nuova cosa (3). Giustiniano finalmente t

(33) L. 11. pr. § 1. 2. L. 13. § 1. D. *de jurejurando* (12. 2.)

(34) § 46. J. *de rer. div.* (2. 1.). Qui il gittare tra la moltitudine viene p dicato come una *traditio* in incertam personam, ma si dee piuttosto riguardare bandono a beneficio del popolo e per conseguenza non ne risulta alcun rapport sione. In favore di questo concetto si può argomentare dal modo come il § 47 rannodato al § 46. e L. 5. § 1. D. *pro derel.* (41. 7.)

(1) Caj. II. 79.; § 25. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 12. § 3. D. *ad exhib.* 7. § 7. L. 12. § 1. L. 24. L. 25. L. 26. pr. L. 27. § 1. D. *de adq. rer. do* La sola congiunzione di più cose non vale come specificazione; Caj. II. 77. 78 28. 33. 34. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 23. § 2-5. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. L. 9. § 1. 2. L. 26. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.). Tanto meno il ting considerato come un' aggiunzione di questa maniera L. 26. § 3. D. *eod.*, e s *de rer. div.* (2. 1.) presenta il trebbiare del grano anche come una specificazi è posto mente alla correzione nella L. 7. § 7. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(2) L. 7. § 7. L. 25. D. *eod.*

(3) Caj. II. 79.; § 25. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 7. D. *de adq. rer. d* Nella L. 12. § 1. D. *eod.* Callistrato abbraccia la terza opinione. Il medesi nella L. 24. L. 26. pr. D. *eod.*, mentre nella L. 12. § 3. D: *ad exhib.* (1 menta secondo l'opinione dei Sabiniani. Per contrario Pomponio sebbene Sabini

quest'ultimo avviso, eccetto quando lo specificante avesse lavorato una materia parte sua propria e parte altrui, nel qual caso a lui dovea assolutamente la nuova cosa appartenere (4). La mala fede dello specificante è certamente di influenza sull'obbligazione del rimborso per la proprietà tolta, ma non impedisce il suo acquisto della proprietà (5), e neppure dallo stesso ladro si può rivendicare la cosa specificata (6).

3.° L'*accessione*. In molti casi la proprietà si acquista anche per questo che una cosa si aggiunga ad un' altra che di già si avea, per rapporto alla qual cosa si possono distinguere tre specie di casi. Cioè l'accessione 1) può provenire dalla unione di cose immobili. Questo ha luogo soltanto per gli *agri arcifinii* (7), ma può accadere in quattro guise: A. mediante un insensibile aggiungimento di terra *alluvio*, la quale appartiene a colui al fondo del quale si è aggiunta (8); B. mediante uno svellimento *avulsio* di terra, quando un fiume o altre acque staccano in qualche luogo una porzione di terra e la trasportano come un tutto alla riva di un altro, nel qual caso appartiene a costui dal momento che vi si è incorporata (9). C. Per la formazione di un nuovo alveo del fiume, nel qual caso l'antico si attribuisce ai proprietari delle due rive, a ciascuno da avanti il proprio fondo fino alla metà dell'alveo (10). D. E per la formazione di un isola nel fiume. Mentre le isole del mare sono oggetto di occupazione (11), le isole di un fiume, purchè non si formino semplicemente perchè il fiume si dirami per un nuovo braccio (12), ma sieno sorte o rimaste scoperte dalle acque, appartengono ai proprietari delle rive, senza avere un esatto riguardo alla metà, per conseguenza un isola che sia sorta più presso ad una delle rive ap-

l'altro, per questo punto si accosta ai Proculiani nella L. 27. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41.1.), e lo stesso evidentemente si deve dire di Cajo II. 79.

(4) § 25. J. *de rer. div.* (2.1.)

(5) Non si oppone la L. 12. § 3. D. *ad exhib.* (10.4.), imperocchè Paolo qui si pone nel punto di vista dei Sabiniani.

(6) Caj. II. 79. Confr. con L. 13. L. 14. § 3. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 53. § 14. D. *de furt.* (47. 2.). Non si oppone la L. 4. § 20. D. *de usurp.* (41. 3.)

(7) L. 16. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 1. § 6. D. *de flumin.* (43. 12.) V. sopra § 44.

(8) Caj. II. 70.; § 20. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 7. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 3. D. *de alluv.* (7. 41.)

(9) Caj. II. 71.; § 21. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 7. § 2. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(10) § 23. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 7. § 5. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(11) § 22. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 7. § 3. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(12) L. 7. § 4. D. *eod.*

partiene interamente a questa (13). 2) Può provenire dalla union una cosa mobile con un immobile, il che accade pel seminare, pianta o edificare, giacchè A. tutto ciò che si semina o si pianta sì tosto abbia messo radice diviene pertinenza del fondo (14) e B. lo stess per ogni edificio effettivamente inerente al suolo, non importand chi il materiale si appartenga, o chi abbia effettuata l'unione (15). Può provenire dall'unione di cose mobili di diversi proprietari. Se q sta consiste A. in una esteriore annessione di una cosa all'altra *adj ctio*, bisogna vedere se le cose possono o no separarsi senza distr gersi (16). Nel primo caso ciascuno rimane padrone del suo, al c trario nel secondo caso il proprietario della cosa principale acqui l'altra, e si tiene per principale quella che in se è più somigliant tutto congiunto, quantunque l'altra sia di maggior valore (17). Secon ciò lo scritto ed il dipinto appartengono al proprietario della mate sulla quale si è scritto o dipinto (18), e solo pei quadri Giustiniano onore dell'arte dispose il contrario (19); il che per altro anche pri di lui da alcuni giureconsulti era sostenuto (20). B. Ma se l'union una mescolanza *confusio et commixtio* per essersi versate o mescol insieme o liquefatte due cose, in quanto non sia avvenuta una specifi zione, ne risulta una comproprietà sulla massa (21), eccetto pel d naro il quale appartiene a colui che ha mescolato il danaro altrui suo (22).

(13) Caj. II. 72.; § 22. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 7. § 8. L. 29. L. 30. pr. § 2. 56. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(14) Caj. II. 74. 75.; § 31. 32. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 25. pr. D. *de usur.* (1.) L. 7. § 13. L. 9. pr. L. 26. § 2. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(15) Caj. II. 73.; § 29. 30. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 23. § 6. 7. D. *de rei vind.* 1.) L. 7. § 10-12. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) Confr. con L. 60. D. *eod.*

(16) Come congiunzione inseparabile si ritiene segnatamente l' *adferruminatio*, c me separabile l'*adplumbatio* L. 23. § 5. D. *de rei vind.* (6. 1.) Nondimeno alcuni G reconsulti erano d'altra opinione L. 27. pr. § 2. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(17) § 26. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 23. § 2. 4. 5. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 7. 1. 2. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 19. § 13-20. D. *de auro leg.* (34. 2.) L. 26. § 1. L. pr. § 2. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(18) Caj. II. 78.; § 33. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 9. § 1. L. 26. § 3. D. *de adq. r dom.* (41. 1.)

(19) § 34. J. *de rer. div.* (2. 1.); Confr. con Caj. II. 79. L. 9. § 2. D. *de adq. r dom.* (41. 1.)

(20) L. 23. § 3. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(21) § 27. 28. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 3. § 2. L. 4. L. 5. pr. § 1. D. *de rei vin* (6. 1.) L. 7. § 8. 9. L. 12. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(22) L. 78. D. *de solut.* (46. 3.)

4.° L'*acquisto de' frutti* 1) del proprietario al quale i frutti della sua cosa appartengono fin dal principio che nascono (23), e 2) del possessore di buona fede il quale per la separazione de' frutti ne divien proprietario (24). Quest'ultimo però non s' estende ai figli delle schiave, imperocchè siccome costoro non son tenuti come frutti, così sopra di essi parimenti non si ha che una *bonae fidei possessio* (25), e nel tempo posteriore pare che si tendesse ad ammettere anche pei veri frutti solamente una *bonae fidei possessio*(26), dal che venne la massima che il possessore di buona fede in caso di rivendicazione debba restituire almeno i *fructus extantes* (27); ma nondimeno in generale si rimase con l'antica teoria (28). Col cessare della buona fede cessa eziandio il dritto del *bonae fidei possessor* all'acquisto de' frutti (29); ma d' altra parte siffatto acquisto non è limitato ai frutti industriali (30); sebbene alcuni giuristi tenessero questa opinione (31).

B. Acquisti derivativi.

a) *Mediante trasferimento abalienatio.*

§ 166. Non solo quando alcuno senza necessità vuol trasferire ad altri qualche cosa, ma anche allorchè per una convenzione o in altra guisa vi è obbligato, in regola ha mestieri di un particolare atto di trasferimento per effettuare il passaggio della proprietà (1). Ma sol-

(23) Caj. II. 75.; § 19. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 5. § 2. L. 44. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 25. pr. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 6. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(24) § 35. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 13. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 25. § 1. L. 28. pr. D. *de usur.* (22. 1.) L. 48. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 4. § 19. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 49. § 6. D. *de furt.* (47. 2.)

(25) L. 49. § 5. D. *eod.* L. 28. § 1. D. *de usur.* (22. 1.)

(26) L. 48. pr. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 4. § 5. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 49. § 5. D. *de furt.* (47. 2.)

(27) L. 22. C. *de rei. vind.* (3. 32.)

(28) Di altra opinione è *Savigny* Dritto del possesso § 22. p. 314. seg. La quistione è soprattutto importante pei frutti alienati, i quali quando non appartenessero al possessore di buona fede, il proprietario della cosa fruttifera potrebbe rivendicarli dall' attuale possessore. V. in generale *Unterholzner* nell' Archiv. per la prat. civ. vol. VIII. n. 13.; *Backe* b. f. possessor quemadmodum fructus suos faciat, Berlino 1825. 8.; *Bucholz* Saggi. Berlino 1831. n. 12.; *Tigerstrom* la b. f. possessio. Berlino 1836. 8. § 9. seg.; *Heimbach* la dottrina dei frutti. Lipsia 1843. 8.

(29) L. 40. L. 48. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(30) Non si oppone il § 35. J. *de rer. div.* (2. 1.)

(31) L. 45. D. *de usur.* (22. 1.)

(1) L. 3. pr. D. *de obl. et act.* (44.7.) L. 20. C. *de pact.*(2.3.) L. 45. D. *eod.*(2.14.)

tanto per le *res nec mancipi* era a ciò sufficiente secondo il dritto antico quella forma di trasferimento che i Romani riguardavano come *juris gentium*, cioè la semplice consegna del possesso, *traditio* (2); per le *res mancipi* poi si richiedeva una *mancipatio* o una in *jure cessio* (3), e quindi era anche principio che chi avea dritto al trasferimento, potea richieder l' applicazione di queste forme solenni, il che solo nella compra per consuetudine pativa eccezione, o quando si era pattuita la semplice tradizione (5). Per contrario in queste forme il trasferimento non dipendeva dalla tradizione, cosicchè potea trasferirsi la proprietà senza il possesso, sebbene in questi atti le cose mobili dovessero esser presenti (6). Sotto Diocleziano e Costantino la *mancipatio* e la in *jure cessio* si veggono tuttora adoperate per le cose (7); ma più tardi caddero in disuso (8), il che però allora solo divenne legittimo quando Giustiniano tolse la differenza tra le *res mancipi* e *nec mancipi* (9). Per siffatto modo la tradizione diventò la forma generale di trasferimento (10). Ma perchè questa produca il passaggio della proprietà, debbono verificarsi le seguenti condizioni che prima anche nelle altre forme di trasferimento eran richieste :

(2) Caj. II. 18. 21. 65. 204.; Ulp. XIX. 7.; Fragm. Vat. § 47.; § 40. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 9. § 3. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.). Ma senza dubbio non era inammissibile la mancipazione anche per le cose nec mancipi ; Plin. H. N. IX. 58. Tacit. ann. I. 73. Non si oppone Cic. Top. c. 11.

(3) Cic. Top. c. 5.; Caj. I. 120. 121. II. 22-25. 41. 65. 204.; Ulp. I. 16. XIX. 4. 5. 6. 9. 10.; Fragm. Vat. § 311. 313.

(4) Caj. II. § 204. IV. 131.; Paul. S. R. I. 13. A. § 4.; L. 75. § 10. D. de V. O. (45. 1.) L. 1. pr. D. *de rer. permut.* (19. 4.) L. 25. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 16. D. *de cond. causa data* (12. 4.). Dall' eccezione nella vendita può spiegarsi che Varrone *de re rust.* II. 5-7. anche nella compra degli animali da soma e da tiro non parla se non di tradizione.

(5) L. 3. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 28. D. *de* V. O. (45. 1.)

(6) Caj. I. 121. IV. 131.; Ulp. XIX. 6.; L 16. D. *de fundo dot.* (23. 5.)

(7) L. 1. C. Hermog. tit. VII. *de donat inter.* V. et U. (corp. jur. Antejust. p. ...) Fragm. Vat. § 285. 293. 313.; *consult. vet.* Icti. VII. ; L. 4. L. 5. L. 7. C. Th. *de donat.* (8. 12.)

(8) La più recente menzione si potrebbe trovare nella L. 9. C. Th. de infirm. his quae sub tyrann. (15. 14.) di Arcadio ed Onorio 395. dopo Cr.

(9) V. § 47. Nota 14.

(10) L. 20. C. *de pact.* (2. 3.). Siccome questo passo è di Diocleziano ; così la mancipatio ed in jure cessio può essere stata tolta via dai compilatori non altrimenti che nella L. 1. Cod. Herm. *de don. inter.* V. et U. quando fu inserita nel corpus juris come L. 11. C. *de donat.* (8. 54.)

(11) In alcuni casi s' incontrano anche dei requisiti speciali, p. es. nella compra che si sia pagato, ovvero che si sia consentito a far credito § 41. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 19. L. 53. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

1.° Il tradente debb'esser proprietario (12), o aver la facoltà di rappresentare il proprietario (13), ed avere inoltre la capacità di volere e di disporre del suo patrimonio (14).

2.° La tradizione dee avvenire *ex justa causa*, cioè per una cagione che tende al trasferimento della proprietà (la qual cagione però non è necessario che sia un' obbligazione di dover trasferire (15)), e coll' intenzione di trasmettere la proprietà (16), giacchè la tradizione potrebbe avvenire anche per qualche altro scopo (17).

3.° Colui che riceve dee anche aver la volontà (18) e la capacità di acquistare la cosa (19). Ma se alcuno riceve una cosa per un altro, non gli giova che abbia la volontà di conservarla per se (20), giacchè la cosa, in forza della costituzione di Severo sull'acquisto mediante procuratore (21), immediatamente appartiene a colui al quale il tradente l'ha voluta trasmettere (22).

4.° È mestieri che non vi sia intervenuto un errore sostanziale, ed è sostanziale l'errore quando 1) il tradente erra sulla persona di chi riceve (23), o 2) dà la sua propria cosa quando intendeva dar l' al-

(12) L. 27. § 1. D. *de nox. act.* (9. 4.) L. 20. pr. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 54. D. de R. J. (50. 17.). Sopra un eccezione V. § 160. Nota 22-25.

(13) § 42. 43. J. *de rer. div.* (2. 1.) § 1. J. *quib. al. licet vel non* (2. 8.) L. 63. D. *de procur.* (3. 3.) L. 1. § 23. D. *de exc. rei vend.* (21. 3.) L. 5. § 3. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 9. § 4. L. 46. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(14) § 2. J. *quib. al. licet vel non* (2. 8.) L. 10. pr. D. *de cur. fur.* (27. 10.) L. 6. D. de V. O. (45. 1.) L. 3. C. *de in integr. rest. min.* (2. 22.)

(15) L. 31. D. *de rer. div.* (2. 1.); Ulp. XIX. 7.; Caj. II. 20.; *Warnkonig* nell'Archiv. per la prat. civ. vol. VI. n. 4.

(16. § 40. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 9. § 3. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 6. C. *si quis alteri vel sibi* (4. 51.)

(17) L. 80. § 3. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 16. D. *de peric.* (18. 6.) L. 20. § 2. L. 21. D. *locati* (19. 2.) L. 36. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 20. D. *de precar.* (43. 26.) L. 3. C. *de pact. inter. empt. et vend.* (4. 54.)

(18) L. 55. D. de O. et A. (44. 7.) L. 36. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(19) § 2. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 40. D. *de legat.* I. (30.) L. 34. D. de V. O. (45. 1.)

(20) L. 13. D. *de donat.* (39. 5.) L. 6. C. *si quis alteri vel sibi* (4. 51.). Sotto i Giureconsulti Romani ciò per verità era ancora controverso L. 37. § 6. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 44. § 1. D. *de furt.* (47. 2.)

(21) V. § 53. Nota 8. 9.

(22) L. 13. pr. L. 20. § 4. L. 53. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.). Se Callistrato, il quale viveva appunto sotto Settimio Severo, dice il contrario nella L. 59. D. *eod.*, bisogna dire che ciò sia stato scritto prima della costituzione di Severo sull' acquisto mediante procuratore.

(23) L. 52. § 21. L. 66. § 4. D. *de furt.* (47. 2.) L. 32. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 63. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.); *Savigny* Sistema vol. III. § 135. seg.

trui (24), o 3) si consegna una cosa diversa da quella che s' intend va (25); per contrario non s' impedisce la trasmissione della propri tà, ma ne nasce soltanto un' obbligazione di restituire, se il traden per errore ha consegnato la cosa sul fondamento di una causa ine stente, invalida o impugnabile (26), ovvero se amendue le parti han di mira una causa diversa di trasmissione (27).

5.° Finalmente bisogna che non si opponga alcun divieto di aliena sia legale sia testamentario (28). Se concorrono tutte queste condizi ni, allora la proprietà si trasmette per quanto apparteneva al trade te (29); ma se manca qualche cosa, al più ne può risultare una *bon fidei possessio* e la *exceptio rei venditae et traditae* (30) finchè avve menti posteriori non vengano a convalidare la proprietà (31). Se a tradizione si è apposta una condizione sospensiva, la proprietà n passa se non quando la condizione si è verificata (32). Del resto anc quì la *traditio brevi manu* ed il *constitutum possessorium* equivalgo alla vera tradizione (33), e si dee tener solamente come particol applicazioni della prima 1) che la proprietà de' frutti passa all'usufr tuario ed al fittaiuolo senza tradizione, non però per la semplice se razione ma per la percezione, e solo da questo momento (34), 2) e c chi è convenuto per la restituzione di una cosa, mediante il pag

(24) L. 3. § 8. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 15. § 2. D. *de contr. em* (18. 1.) L. 35. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.). Non si oppone la L. 49. D. mand (17. 1.)

(25) L. 34. pr. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 2. § 6. D. *pro emptore* (41. 4

(26) L. 7. pr. D. *de dolo* (4. 3.) L. 1. L. 2. L. 6. D. *de cond. ob turp. caus.* (1 5.) L. 1. § 1. L. 15. § 1. L. 32. § 3. D. *de cond. indeb.* (12. 6.) L. 1. L. 4. D. *cond. sine causa* (12. 7.) L. 10. C. *de rescind. vend.* (4. 44.) L. 7. C. *de inte matr.* (5. 6.)

(27) L. 36. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.). Vi è alquanto di contradizione nella 18. pr. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(28) Pr. J. *quib. al. licet vel non* (2. 8.)

(29) L. 20. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(30) L. 109. D. de V. S. (50. 16.) L. 1. D. *de exc. rei vend.* (21. 3.)

(31) L. 2. D. *eod.* L. 78. D. *de solut.* (46. 3.) pr. J. *de usuc.* (2. 6.

(32) L. 7. § 3. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 38. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) 20. D. *de precar.* (43. 26.)

(33) § 44. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 9. § 5. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. pr. D. *eod.* L. 1. § 1. L. 2. D. *pro socio* (17. 2.) L. 28. L. 35. § 5. C. *de don* (8. 54.

(34) § 36. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 78. D. *de rei. vind.* (6. 1.) L. 12. § 5. D. *usufr.* (7. 1.) L. 16. pr. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 25. § 1. L. 28. D. *de usur.* (1.) L. 6. D. *de donat.* (39. 5.)

mento della *litis aestimatio* ne acquista la proprietà, come se l' avesse comperata dall'attore (35), eccetto quando egli come finto possessore o per cagione di altro dolo non può dare la cosa, e per questo è tenuto a pagarne il prezzo (36). Intanto se il convenuto non ha più la cosa, la proprietà non passa immediatamente, ma l' attore dee cedergli la sua *vindicatio*, ed anche prestar cauzione di renderla al convenuto, se venisse a riaverla (37).

b) *Altri casi.*

§ 167. Il passaggio della proprietà può avvenire anche senza una tradizione da parte del proprietario in due diversi modi:

1.° In più casi un ordine dell'autorità può produrre questo passaggio. Qui si riferisce 1) l'*adjudicatio* nelle azioni di divisione, quando il giudice nello scopo di un accomodamento attribuisce la cosa ad uno de' condividenti contro una indennità da prestarsi agli altri (1), il che produce gli stessi effetti che se questi ultimi avessero essi medesimi trasferito al primo le loro porzioni (2). 2) L'*adquisitio per censum*. Dalla fede che necessariamente è dovuta ai registri del censo dipendeva che chi in essi era riportato come proprietario di una cosa dovesse esser riconosciuto per tale, sebbene la cosa non gli appartenesse (3). Solo quando già pendeva la *vindicatio* relativamente alla cosa, non nuoceva all'attore che solo il convenuto possessore avesse fatto registrare la cosa (4), ed anche una falsa dichiarazione poteva essere emendata mediante restituzione nello stato primiero (5), quando non erasi fatta col consenso del proprietario (6), ma ciò secondo una di-

(35) L. 46. L. 47. D. *de rei. vind.* (6. 1.) L. 7. § 1. D. *de Publ. act.* (6. 2.) L. 21. § 2. D. *de evict.* (21. 2.) L. 22. pr. D. *de act. rer. am.* (25. 2.) L. 1. L. 3. D. *pro empt.* (41. 4.)

(36) L. 7. L. 16, § 1. L. 21. L. 22. L. 36. L. 63.69. L. 70. D. *de rei. vind.* (6. 1.)

(37) L. 21. L. 63. L. 69. D. *eod.*

(1) Ulp. XIX. 16.; § 20. J. *de act.* (4. 6) § 4-6. J. *de off. jud.* (4. 17.) L. 2. § 1. L. 3. L. 4. pr. § 4. D. *fin. reg.* (10. 1.) L. 16. § 1. L. 22. § 1-3. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 6. § 10. D. *comm. div.* (10. 3.)

(2) L. 47. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 6. § 8. L. 10. § 2. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 66. § 3. D. *de evict.* (21. 2.) L. 17. D. *de usurp.* (41. 3.)

(3) L. 64. L. 30. § 3. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.); Cic. pro Flacco c. 32.

(4) L. 4. § 4. D. *de censib.* (50. 15.)

(5) Cicero l. c.

(6) L. 7. C. *de donat.* (8. 54.)

sposizione di Onorio potea farsi non più che fra due mesi (7). 3) L
missio ex secundo decreto modo di acquisto pretorio, il quale si rif
sce solo ad un determinato caso della *missio in possessionem* (8), .
cui, se questa non raggiunge il suo scopo, il giudice può attribui
all' immesso la cosa medesima (9). 4) La *ductio* nelle azioni nox
quando il colpevole non è rappresentato e difeso, nel qual caso il m
gistrato può secondo l' editto autorizzare l' attore ad appropriarsi
stesso colpevole (10).

2.° Talvolta la proprietà passa da se stessa da uno ad un altro in s
guito di certi avvenimenti. 1) Se alcuno lega delle cose speciali ch
gli appartengono, alla sua morte la proprietà passa immediatamen
al legatario, il che per verità secondo le XII. Tavole che ciò avean
introdotto (11), avveniva soltanto per una determinata forma di leg
ti, il *legatum vindicationis* (12), ma secondo il dritto posteriore va
in generale (13). Pei fedecommessi veramente il passaggio non su
cede subito alla morte del testatore, ma pure avviene per la sempli
dichiarazione della restituzione (14). 2) Secondo la legge Papia Po
pea anche i *caduca* ed *ereptitia* da se stessi passano al fisco, o a qu
gli altri che debbono acquistarli (15). 3) I *commissa* cioè le cose dev
lute al fisco per essersi defraudate le imposte parimente gli apparte
gono dal momento della defraudazione (16), nondimeno per effetto di
rescritto di Marc-Aurelio e L. Vero gl' impuberi possono ancora risca
tarle se fra 30 giorni pagano l' imposta (17). 4) Se un comproprieta
rio di un edifizio lo fa ricostruire a sue spese, ottiene la parte degli a
tri, se costoro fra quattro mesi non gli rimborsano ciò che ha spes

(7) L. 7. C. *de censib.* (11. 57.)

(8) V. appresso § 212.

(9) L. 5. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 15. § 16. 17. 21. 23. 33. D. *de damno in*
(39. 2.) L. 3. § 23. D. *de adq. poss.* (41. 2.) V. § 174. Nota 9.

(10) L. 2. § 1. D. *si ex nox. causa ag.* (2. 9.) L. 6. D. *de Publ. act.* (6. 2.)
26. § 6. D. *de nox. act.* (9. 4.) V. § 174. Nota 11.

(11) Ulp. XIX. 17.

(12) Caj. II. 193-195.

(13) L. 1. L. 3. C. *comm. de legat.* (6. 43). Le L. 1. § 2. D. *de Publ. act.* (
2.) L. 80. D. *de legat.* II (31.) L. 66. D. *de furt.* (47. 2.), le quali contengono il m
desimo principio, da prima non dovettero riferirsi che al solo legatum vindicationis. I pa
ticolari intorno a ciò son da vedersi nella teorica dei legati.

(14) L. 63. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 12. § 1. D. *de publ. act.* (6. 2.)

(15) Ulp. XIX. 17.

(16) L. 14. L. 11. § 2. 3. L. 8. pr. D. *de public.* (39. 4.)

(17) L. 7. § 1. D. *eod.*

il che è fondato sopra un senato consulto del tempo di Marc-Aurelio (18). 5) Il possessore a cui la cosa vien tolta di privata autorità, per effetto delle disposizioni di Costantino e Valentiniano III. sull'uso dell'autorità privata, ne acquista la proprietà, se l'autore dell'abuso era il proprietario della cosa (19). 6) Secondo Giustiniano la proprietà delle cose dotali le quali dopo lo scioglimento del matrimonio si trovano ancora presso il marito o i suoi eredi, *quae extant*, ritornano da se stesse in proprietà della moglie (20). 7) Se alcuno spinge dolosamente il suo animale a pascere sui fondi del patrimonio imperiale, l'animale immediatamente appartiene al fisco, la qual cosa fu introdotta da Valentiniano II. e Teodosio I. (21). Da Onorio fu stabilito il singolare principio che i Veterani i quali si abbiano edificato una casa sul suolo dello Stato, ovvero abbiano cinto di siepi un pezzo di terra, ne acquistino per sempre la proprietà (22); ma Giustiniano trasandò siffatta disposizione.

C. Usucapione. (*)

a) *Storia.*

§ 168. Un modo di acquisto proprio de'Romani il quale serve a riparare il difetto di altri acquisti è la *usucapio* s. *usus auctoritas* (1) mediante il possesso e l'uso di una cosa continuato per un

(18) L. 52. § 10. D. *pro socio* (17. 2.) L. 4. C. *de aedif. priv.* (8. 10.)

(19) V. § 56. Nota 14. e 15.

(20) L. 30. C. *de jure dot.* (5. 12.) Confr. con L. 12. § 1. C. *qui potiores* (8. 18.)

(21) L. 1. C. *de fund. et salt. rei. dom.* (11. 66.)

(22) L. un. C. Th. *de rei. vind.* (2. 23.). È incomprensibile come il *Niebuhr* St. R. Vol. II. p. 166. Nota 311. possa in questo luogo scorgere un abolizione dell' ager publicus in generale. V. § 177.

(*) *Unterholzner* Teorica della prescrizione § 48. seg.; *Engelbach* Sulla usucapione al tempo delle dodici Tavole. Narb. 1828. 8.; *Reinhardt* L' usucapione e la prescrizione del dritto Romano. Stuttg. 1832. 8.; *Hameaux* L' usucapio e longi temporis praescriptio. Giessen 1835. 8.; *Lauenstein* de l. t. praescriptionis antejustinianeae vi atque effectu. Lips. 1844. 4.

(1) In che modo nell' « usus auctoritas fundi biennium est » delle dodici Tavole; Cic. top. c. 5. l' espressione *usus auctoritas* si debba intendere non è indicato. Intanto i più ammettono la spiegazione di *Unterholzner* op. cit. § 7., e di *Mommsen* ad. leg. *de scrib. et viator. et de auctoritate*. Kil. 1843. 8. p. 8. seg. che vi si debba supplire un e, e che *auctoritas* si debba intendere dell' obbligazione dell' *auctor* alla garentia, la quale si estingue con l' usucapione. L. 54. pr. D. *de evict.* (21. 2.), e la quale più volte vien detta *auctoritas* L. 4. pr. L. 76. D. *eod.*; Paul. II. 17. § 1. 3.; Fragm. Vat. § 10.; imperocchè da ciò risulta il miglior senso della frase « adversus hostem aeterna auctoritas » ; Cic. de Off. I. 12., e dell' altra » quod subreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto; » Gell.

certo spazio di tempo (2). Essa ha origine fin dall'antico dritto ed il tempo secondo le XII. Tavole fino a Giustiniano per le co bili era determinato ad un anno, per le immobili regolarmente due anni, il qual'ultimo termine per verità era espresso sol terre, ma si applicava anche agli edifizi (4). Sulle condizioni d capione pare che le XII. Tavole non contenessero altro se non

1.° Che il possessore non potesse essere un peregrino *hosti* conseguenza l'obbligazione alla garentia *auctoritas* durasse contro di lui (5), e

2.° Che alcune cose non potevano esser soggette ad usu cioè i monumenti sepolcrali (6), quel tratto di terra largo 5 p si lasciava ai confini *finis* negli *agri limitati* (7), le cose ruba e le *res mancipi* di una donna sottoposta alla tutela di uno de' gnati (9). Ma senza dubbio si richiedeva anche fin d' allora:

3.° Il possesso civile, per cui i detentori (10), e gli *homine juris* erano esclusi da siffatto acquisto (11), e gli uomini liberi *extra commercium* (12) come pure quelle cose che alcuno no deva se non come una parte congiunta di un immobile erano s all' usucapione (13).

XVII. 7. Nondimeno molti altri testi c' inducono a prendere qui *auctoritas* c frase « auctoritas senatus e tutoris » nel senso di conferma, e quindi a ritener sia un genitivo L. ult. D. *de aqua et aqua pluv.* (39. 3.) ; Cic. pro Caecin harusp. respons. c. 7. (41. 3.)

(2) Ulp. XIX. 8.; Caj. II. 41-44.; L. 3. D. *de usurp.* (41. 3.)

(3) Sulle eccezioni veggansi le Note 14-17.

(4) Cic. Top. c. 5. pro Caecina c. 19. ; Caj. II. 42. ; Ulp. l.c.pr.J.de u

(5) de Off. I. 12. « adversus hostem aeterna auctoritas esto ».

(6) Cic. de legib. II. 24.

(7) Cic. de legib. I. 21.; Confr. Agen. Urbicus ed. *Goes* p. 53. L. 5. C reg. (2. 26.); L. 5. C. *eod.* (3. 39.)

(8) Caj. II. 45. 49.; L. 33. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) § 2. 3. J. *de usu* Theoph. II. 6. § 2. Confr. Nota 21.

(9) Caj. II. 47.; Fragm. Vat. § 1.; Cic. pro Flacco c. 32-35. ad Attiv. V

(10) L. 9. D. *de rei vind.* (6. 1.) Confr. con L. 10. § 5. D. *de adq. rer.* 1.) L. 13. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 6. pr. D. *pro empt.* (41. 4.) L. 2. *scr. 30. ann.* (7. 39.) L. 1. C. *commun de usuc.* (7. 30.) L. 8. C. *ad usu*

(11) Caj. II. 89. 90.; L. 24 L. 47. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 38. *de* V. O. (45. 1.) Confr. con L. 44. § 4. 7. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 1. § *donato* (41. 6.)

(12) Caj. II. 48.; § 1. J. *de usuc.* (2. 6.) L. 9. D. *de usurp.* (41. 3.) I *via publ.* (43. 11.)

(13) L. 23. § 7. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 7. § 11. D. *de adq. rer. dom* L. 23. pr. § 2. D. *de usurp.* (41. 3.)

4.° Non è certo se per l' acquisto della cosa anche nel tempo antico fosse necessaria la buona fede, nondimeno ci potrebbe indurre a crederlo la riflessione che se questo requisito fosse stato posteriormente introdotto, la sua origine ci sarebbe probabilmente nota. Ad ogni modo questo requisito fu ben per tempo ricevuto, come lo mostrano tre eccezioni che portano in se l'impronta di una remota antichità. 1) Cioè chi prendeva in possesso cose di un' eredità non ancora adita le usucapiva in un anno senza riguardo a buona fede, e senza distinzione di cose mobili o immobili (14), il che dicevasi *usucapio lucrativa pro herede*, ma dopo Adriano cessò quasi in tutto, giacchè questi non permise più quell' occupazione di cose di una *hereditas jacens* che in un solo caso speciale (15). 2) Di più chi riacquistava in qualunque modo il possesso civile di una cosa alienata come *fiducia* parimente la usucapiva senza distinzione in un anno, pel qual caso era in uso l' espressione di *usureceptio* (16), e 3) lo stesso valeva quando alcuno veniva nuovamente in possesso di un fondo dato in pegno allo Stato e da questo venduto, se non che qui la *usureceptio* richiedeva due anni (17). A poco a poco le cose sottratte all' usucapione crebbero di numero. Ciò in parte potè accadere per la interpetrazione de' giureconsulti, come in ispezialtà, quando le *res publicae* delle città, e tutte le cose dello Stato furono riguardate come *res extra commercium* (18), il che fu anche applicato ai fondi provinciali (19); ma in parte le novelle eccezioni furono anche introdotte da leggi espresse (20). Nondimeno la *lex Atinia* la quale nell' anno di R. 557. rinnovò il divieto dell' usucapione di cose rubate (21), non può essere annoverata tra queste leggi, giacchè essa attenendosi ai fonti non estese maggiormente il divieto (22), ma solo lo determinò con più precisio-

(14) Caj. II. 52-56.; Cic. de legib. II. 19. pro Flacco c. 6.; Plin. Epist. V. 1.; L. 2. § 1. D. *de usuc. pro her.* (41. 5.) L. 33. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.)

(15) Caj. II. 57. 58. III. 201.; L. 1. C. *de usuc. pro herede* (7. 29.)

(16) Caj. II. 59. 60. III. 201. Sulla limitazione nella *fiducia cum creditore* veggasi il § 192.

(17) Caj. II. 61.

(18) L. 9. L. 18. L. 24. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.); Agen. Urbicus ed. *Goes.* p. 69. V. § 169. Nota 33. e 37.

(19) Caj. II. 46.; L. un. C. *de usuc. transform.* (7. 31.)

(20) V. § 169. Nota 28. e 29.

(21) Gell. XVII. 7.; Caj. II. 49. § 2. J. *de usuc.* (2. 6.)

(22) Ciò che molti sostengono, che le dodici Tavole avessero vietata l' usucapione solo al ladro, e che la lex Atinia fosse stata la prima ad estendere il divieto a tutti, non solo sta in opposizione diretta con Cajo II. 49. e § 3. J. *de usuc.* (2. 6.); ma dovrebbe an-

ne nella sua applicazione (23). Ma ove per una o per altra ragi sucapione non poteva aver luogo, ne' tempi antichi mancava og scrizione, finchè non fu introdotta la prescrizione delle azioni.

1.° Per questo rapporto venne in prima come compimento l *temporis praescriptio*, la quale veramente del pari che l' usu presupponeva un possesso civile acquistato di buona fede, ma p trario poteva aver luogo per tutte le cose che realmente non er tratte al commercio, ed era possibile anche pei peregrini (24). intorno al tempo in cui fu introdotto questo surrogato dell' us ne non si può dir altro con precisione se non che solo al temp imperadori se ne trovano sicure pruove (25); ma è certo 1) c principio per *longum tempus* fu inteso letteralmente un temp go (26), giacchè le costituzioni imperiali furono le prime a fiss durata (27), 2) che la *longi temporis praescriptio* per un certo riguardò solo gli immobili, finchè Caracalla la estese eziandio a li (28); 3) che qui anche ai successori singolari fu permesso di com per se il tempo del possesso del loro autore, *accessio possession* mentre solo gli eredi succedevano nella usucapione, e 4) che in alc si la *longi temporis possessio* si riguardava non già semplicemen

che presupporre ciò che noi non sappiamo, cioè che al tempo delle dodici Tavole se stata necessaria la *bona fides*.

(23) L. 215. D. de V. S. (50. 16.) L. 33. pr. D. *de usurp.* (41. 3.). Fo frase della lex Atinia « quod subreptum erit ejus rei aeterna auctoritas esto » c.) si contenne per la prima volta l' espressione precisa, che anche per le cose rub bligazione della garentia non si dovesse estinguere, e forse quella legge determin dio tutto ciò che rende *furtiva* una cosa. V. § 169. Nota 22-26.

(24) L. 3. L. 12. C. *de praescr.* l. t. (7. 33.) L. un. C. *de usuc. transform.* L. 5. C. *de reb. al. non alien.* (4. 51.) L. 2. C. *ubi in rem. act.* (3. 19.) I *de his quae vi* (2. 20.) Confr. con L. 31. pr. D. *de usurp.* (41. 3.)

(25) Secondo la L. 33. § 2. D. *de usurp.* (41. 3.) veramente la lex Julia e anno di R. 665. (la mia St. § 56.) già avea parlato del *longo tempore capere*. se questa espressione vi è stata intrusa dai compilatori per *usucapere*, come da 45. e § 2. J. *de usuc.* (2. 6.) si può dedurre.

(26) Ci presentano delle analogie la L. 6. D. *de usur.* (22. 1.); Hyginus e p. 205.

(27) L. 76. § 1. *de contr. empt.* (18. 1.)

(28) L. 9. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.) Confr. con Nov. 119. c. 7. N 9. D. cit. veramente i manoscritti della Volgata hanno « *rebus soli* », ma quand *meaux* op. cit. § 6. nega per questo l' estensione della l. t. praescriptio alle cose dovrebbe perciò ammettere nella Nov. 119. c. 7. un *furtum rei immobilis*, il che po di Giustiniano non era più possibile § 7. J. *de usuc.* (2. 6.)

(29) Il § 13. J. *de usuc.* (2. 6.) attribuisce ciò ad un Rescritto di Settimio S ma ciò s' incontra anche prima L. 6. L. 14. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.)

me fondamento di un' eccezione, ma come un vero modo di acquisto (30).

2.° Dopochè Teodosio II. ebbe assoggettato tutte le azioni alla prescrizione di 30 anni, anche un *malae fidei possessor*, o un semplice possessore naturale potè per questo modo esser protetto contro la rivendicazione (31). Questo era lo stato delle cose quando Giustiniano promulgò le sue leggi sulla usucapione, delle quali son qui da citarsi le seguenti. 1) La *possessio longi temporis* cominciata in buona fede dee produr sempre anche un dritto di rivendicazione (32). 2) Allorchè manca qualcuna delle condizioni di questa prescrizione almeno un possesso legale di 30 o 40 anni dee produrre il medesimo effetto (33). 3) I fondi provinciali del pari che quelli d' Italia debbono esser soggetti all'usucapione, e quindi non esser più proprietà dello Stato (34), e 4) il tempo dell'usucapione per gl'immobili debb'essere il *longum tempus*, ma pei mobili 3 anni, con l'agevolezza però che l'*accessio possessionis* che prima era ammessa soltanto nella *longi temporis possessio*, ora si può applicare anche per l'usucapione (35).

b) *Teoria pratica*:

a) Generalità.

§ 169. L'effetto dell'usucapione è l'acquisto della vera proprietà (1),

(30) Ciò è espresso nella L. 8. pr. C. *de praescr.* 30. ann. (7. 39.) « Hoc enim et veteres leges, si qui eas recte inspexerit sanciebant » e se ne contengono delle applicazioni nelle L. 13. § 1. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 15. § 16. D. *de damno inf.* (39. 2.) L. 3. § 23. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 10. pr. D. *si servitus vind.* (8. 5.) V. appresso § 174. Nota 27. Ma il *Lauenstein* l. c. va tropp' oltre quando egli ammette che la l. t. possessio prima di Giustiniano abbia sempre conferito la proprietà, il che non è dimostrato dalla L. 54. D. *de evict.* (21. 2.) L. 31. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 4. C. *de usuc. pro empt.* (7. 26.), quando anche in queste non vi si trovasse alcuna interpolazione.

(31) L. 3. C. *de praescr.* 30. ann. (7. 39.)

(32) L. 8. pr. C. *eod.*

(33) L. 8. § 1. C. *eod.*

(34) L. un. C. *de usuc. transform.* (7. 31.) V. appresso § 177.

(35) L. un. C. cit. pr. § 12. 13. J. *de usuc.* (2. 6.)

(1) Caj. II. 41.; Ulp. I. 16. XIX. 8. pr. J. *de usuc.* (2. 6.) L. 1. L. 3. D. *de usurp.* (41. 3.)

ma salvi i *jura in re* che altri può aver sulla cosa (2). I requ
no (3):

1.° Il possesso civile, rispetto al quale valgono tuttora gli
principi (4) temperati solo in questo, che 1) i figli sotto la pat
stà usucapiscono le cose che hanno acquistate come loro pro
trimonio (5), 2) un conjuge donatario dell'altro non può certo u
le cose appartenenti al donante medesimo (6), ma può bene us
altrui (7), e 3) l'unione di cose mobili con altri mobili, o anche
cosa immobile, non impedisce l'usucapione quando essa è avv
chi giorni prima che l'usucapione si compisse (8).

2.° La buona fede o credenza di esser divenuto legittimo p
rio (9), nel che però è da aver riguardo solo al tempo del ve
sto del possesso (10), sebbene i Proculiani almeno nella vendi
dessero la *bona fides* anche al tempo della conchiusione del
to (11). Non nuoce che la buona fede cessi posteriormente: *m*
superveniens non nocet (12). Ma in ogni caso l'errore non de
un errore di dritto, giacchè qui si tratta di un acquisto (13);
il semplice dubbio sulla legittimità dell' acquisto vale come

(2) L. 10. § 1. L. 44. § 5. D. *eod.* L. 17. § 2. D. *de usufr.* (7. 1.) 1
D. *de pignor.* (20. 1.) L. 7. C. *eod.* (8. 14.). Solamente la *servitus operaru*
eccezione L. 2. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(3) Se nel dritto di Giustiniano non si richiede più espressamente il *jus co*
possessore, la ragione di ciò si è che proporzionatamente vi erano nell' Imp
pochi peregrini a quel tempo (la mia St. § 131.). Ma non vi è dubbio che c
nuarono sempre a non potere usucapire.

(4) V. § 168. Nota 10-13.

(5) L. 4. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.)

(6) L. 1. § 2. D. *pro donato* (41. 6.). La ragione è che qui la *bona fi*
teva essere che un errore di dritto. Confr. n. 13.

(7) L. 3. D. *eod.* L. 25. D. *de don. inter vir. et uxor.* (24. 1.). Qui è
bona fides senza un errore di dritto, giacchè la donazione di cose altrui tra
valida L. 5. § 16. D. *eod.*

(8) L. 30. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.); *Savigny* Dritto del possesso § 2

(9) Pr. J. *de usuc.* (2. 6.) L. un. C. *de usuc. transform.* (7. 31.)

(10) L. 10. pr. L. 15. § 3. L. 43. pr. L. 44. § 1. 2. L. 48. D. *de us*
§ 2. pr. D. *pro emptore* (41. 4.)

(11) Paolo porta tuttora questa opinione L. 2. pr. D. cit. L. 48. D. *de*
3.), ma Ulpiano assicura che l' opinione opposta dei Sabiniani sia stata ric
pr. D. *eod.*

(12) L. un. C. *de usuc. transform.* (7. 31.)

(13) L. 4. D. *de jur. et fact. ignor.* (22. 6.) L. 31. pr. L. 32. § 1.
(41. 3.) L. 2. § 15. 16. D. *pro emptore* (41. 4.) L. 4. C. *qui bon. ced.*

des (14). Al contrario la buona fede può ben riguardare semplicemente una parte di una cosa o di un complesso di cose; ma allora solo questa parte si può usucapire (15). Nell'acquisto del possesso per mezzo di coloro che alcuno ha sotto la sua potestà basta la buona fede di costoro, purchè non si conosca già il vizio al tempo della presa di possesso (16), ma nell'acquisto per mezzo di procuratore deve il mandante non solo essere egli stesso in buona fede, ma conoscere eziandio che il procuratore abbia acquistato il possesso (17).

3.° Una cosa capace di usucapione (18). Le *res mancipi* di una donna per verità non sono più sottratte all'usucapione (19); ma ne restano tuttora eccettuati 1) il *finis negli agri limitati* secondo le XII. Tavole e la *lex Mamilia* (20). 2) Qualunque cosa rubata, ma non del pari i frutti della medesima, finchè essa ritorni in potere del proprietario, per disposizione della *lex Atinia* (21), e sotto questo rapporto si ritengono come rubati anche A. gli schiavi (22) e coloni fuggiti via (23), B. le cose mobili specialmente sottoposte al pegno che il debitore ha alienate (24), C. le cose distornate da un detentore (25), e D. le cose alienate da un ingiusto possessore (26), il che parimente riguarda solo le cose mobili, giacchè l'opinione di alcuni giuristi, che volevano ammetter qui anche un furto sugl'immobili non prese voga (27). 3) I fondi occu-

(14) L. 32. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.)
(15) L. 4. L. 6. § 1. D. *pro emptore* (41. 4.)
(16) L. 2. § 10-14. L. 7. 8. D. *eod.* D. 8. pr. D. 31. § 3. D. 43. § 1. D. 44. § 7. D. *de usurp.* (41. 3.)
(17) L. 47. D. *eod.*
(18) D. 24. pr. D. *eod.*
(19) Ciò venne meno per l'abolizione della legitima agnatorum tutela sotto Claudio (§ 133. Nota 8.)
(20) L. 5. C. fin. reg. (3. 39.) Confr. con Cic. *de legib.* I. 21.; Frontinus ed. *Goes* p. 40.; Agen. Urbicus ibid. p. 53.
(21) § 2. 3. 8. J. *de usuc.* (2. 6.) D. 4. § 6-21. D. 32. pr. D. 33. pr. D. 49. D. *de usurp.* (41. 3.) D. 215. D. de V. S. (50. 16.)
(22) L. 62. D. *de furt.* (47. 2.) D. 4. § 15-17. D. 33. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 9. § 5. D. *de publ. act.* (6. 2.)
(23) L. 23. pr. C. *de agric.* (1. 47.)
(24) L. 6. pr. *de pign. act.* (13. 7.) L. 19. § 6. D. 68. pr. D. *de furt.* (47. 2.) L. 6. C. *de usuc. pro empt.* (7. 26.)
(25) V. § 157. Nota 26. e 28.
(26) L. 1. L. 7. C. *pro empt.* (7. 26.) L. 2. C. *de usuc. pro donato* (7. 27.) L. 36. L. 37. pr. D. *de usurp.* (41. 3.)
(27) L. 38. D. *de usurp.* (41. 3.) § 7. J. *de usuc.* (2. 6.). Non si oppone la Nov. 119. c. 7.

pati con violenza *res vi possessae* per la *lex Julia et Plotia* an
665, ma del pari finchè non son ritornati al possessore discaccia
4) Le cose che dalle persone soggette son donate ai pubblici
sia direttamente sia indirettamente mediante vendita al di sotto
ro valore, finchè il donante non le abbia ricuperate, per la *lex*
repetundarum di Cesare (29). 5) Tutte le cose la cui alienazion
tata dalla legge, quando non ostante il divieto sono state aliena
o con questa intenzione si son lasciate nel possesso altrui (31)
nell'ultimo caso, quegli che non può alienare deve già averne a
possesso (32). 6) Le cose dello Stato (33) tra le quali si annover
che i beni patrimoniali del Principe (34), ma non più le terre
delle Province (35), e le cose ricadute al fisco, soltanto dopo ch
preso possesso (36). 7) I fondi delle città destinati per l'uso pu
res publicae civitatum (37), e 8) i fondi delle chiese e degli stab
pii (38); ma non già anche le cose degl' impuberi (39), o de'mino

4.° Il decorrimento del termine legale che vien computato sec
computazione civile (41), e negli acquisti condizionali non deco

(28) Caj. II. 45.; §. 2. 8. J. *de usuc.* (2. 6.) L. 4. § 22-28. L. 33. § 2.
surp. (41. 3.) L. 5. C. *de usuc. pro empt.* (7. 26.). V. la mia St. § 56.

(29) L. 48. pr. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 8. D. *de lege Jul. repet.*
Confr. con L. 1-7. L. 9. D. *eod.*

(30) L. 12. pr. L. 42. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 7. § 5. D. *pro empt.* (41
10. C. *quod. cum eo* (4. 26.) L. 30. C. *de jure dot.* (5. 12.) L. 3. § 3. C. *d*
legat. (6. 43.) L. 2. L. 6. C. *de usuc. pro empt.* (7. 26.) Confr. anche L. 9.
12. § 4. L. 13. § 2. D. *de publ. act.* (6. 2.)

(31) L. 28. pr. D. de V. S. (50. 16.)

(32) L. 16. D. *de fundo dot.* (23. 5.)

(33) Agen. Urbicus ed. *Goes* p. 69.; L. 18. L. 24. § 1. D. *de usurp.* (41
15, § 26. D. *de damno inf.* (39. 2.) C. *comm. de usuc.* (7. 30.)

(34) L. 1. L. 3. C. *ne rei dom. vel templ.* (7. 38.) L. 11. L. 13. L. 14. C.
patrim. (11. 61.)

(35) L. un. C. *de usuc. transform.* (7. 31.)

(36) § 9. J. *de usuc.* (2. 6.) L. 18. D. *de usurp.* (41. 3.)

(37) Paul. V. 2. § 4.; L. 9. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 1. C. *de praescr.*
33.) Confr. con L. 15. § 27. D. *de damno inf.* (39. 2.)

(38) L. 14. C. *de fund. patrim.* (11. 61.) L. 2. C. *ne rei dom. vel templ*

(39) L. 2. D. *de eo qui pro tut.* (27. 5.) L. 10. D. *quod fals. tut.* (27.
§ 15. D. *pro emptore* (41. 4.) L. 4. § 24. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 30. D
(47. 2.). Non si oppongono le L. 4. § 11. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 7. §
empt. (41. 4.) L. 48. pr. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(40) Non si oppongono le L. 3. C. *quib. non objic. l. t. praescr.* (7. 35.)
in quib. caus. in integr. rest. (2. 41.)

(41) L. 6. L. 7. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 15. pr. D. *de div. temp. praescr*

dall'adempimento della condizione (42). Il termine per le cose mobili è di tre anni, ma per le immobili di dieci anni tra presenti, e venti tra assenti (43), e nel caso di una parte di presenza ed una parte di assenza, secondo la proporzione dell'una e dell'altra (44). I successori possono computare a lor favore il possesso de'loro autori in quanto questi avessero già cominciata l'usucapione, e ciò pei successori universali senza alcuna condizione (45), ma pei successori singolari solo quando essi medesimi si trovino in buona fede (46).

5.° La durata non interrotta dell'usucapione. L'interruzione poi della medesima *usurpatio* (47) avviene 1) per la perdita del possesso (48) la quale anche qui non consiste nella semplice cessione della detenzione ad un altro, e neppure se al detentore competano gl'interdetti possessorii (49); e 2) secondo la disposizione di Giustiniano anche per una protesta del proprietario giudiziariamente interposta, allorchè questi per lo stato del possessore è stato impedito di rivendicare (50). Al contrario la stessa introduzione dell'azione di revindica non produce alcuna interruzione, anzi l'usucapione può compiersi durante il giudizio, il che veramente in forza della *obligatio ex litis contestatione* non dispensa il convenuto dalla restituzione, ma rende però validi i *jura in re* da lui forse costituiti, cosicchè per questa alienazione non si può pretendere dal convenuto che il rimborso o una cauzione (51).

(42) L. 2. § 2-4. D. *pro empt.* (41. 4.) L. 1. § 2. D. *pro dote* (41. 9.)

(43) L. un. C. *de usuc. transform.* (7. 31.) Confr. con L. 12. C. *de praescr.* l. t. (7. 33.)

(44) Nov. 119. c. 8.

(45) § 12. J. *de usuc.* (2. 6.) L. 30. pr. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 23. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 15. pr. L. 22. L. 31. § 5. 6. L. 43. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 2. § 19. D. *pro empt.* (41. 4.). In ciò vien computato a benefizio dell'erede anche il tempo della hereditas jacens L. 40. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 31. § 5. L. 40. L. 44. § 3. D. *de usurp.* (41. 3.)

(46) L. un. C. *de usuc. transform.* (7. 31.) § 13. J. *de usuc.* (2. 6.) Confr. con L. 13. § 2. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 14. L. 19. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 2. § 17. 20. D. *pro empt.* (41. 4.) L. 6. L. 14. L. 15. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.)

(47) L. 2. D. *de usurp.* (41. 3.); Gell. III. 2. Sulla etimologia veggasi *il Muller* nel Museo Renano vol. V. p. 200.

(48) L. 19. L. 20. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 5. L. 15. pr. § 2. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 12. § 2. L. 29. D. *de captiv.* (49. 15.)

(49) L. 1. § 15. L. 30. § 5. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 16. L. 21. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 12. D. *pro empt.* (41. 4.) L. 2. pr. D. *pro herede* (41. 5.)

(50) L. 2. C. *de ann. exc. Ital. contr.* (7. 40.)

(51) L. 18-21. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 2. § 21. D. *pro empt.* (41. 4.) L. 2. D. *pro donato* (41. 6.); Fragm. Vat. § 12. Non si contiene alcuna innovazione nelle L. 10. C. *de adq. poss.* (7. 32.) L. 10. C. *de praescr.* l. t. (7. 33.)

b Specialità del titolo dell'usucapione.

§ 170. Siccome la buona fede nell'usucapione non può consistere un errore di dritto (1), così l'opinione di esser divenuto proprietar deve procedere da una causa legale di acquisto *justa causa* s. *just titulus adquirendi dominii*, imperocchè chi crede di aver in altra gu sa acquistata la proprietà si trova sempre in un errore di dritto (2 Ma il rapporto di quella opinione ad una legittima causa di acquis può esser di due specie: 1) Può alcuno effettivamente aver acquista in virtù di un giusto titolo ed ignorar semplicemente un vizio che vi trova (3); o almeno 2) alcuno può credere di aver ottenuto la cosa p un determinato legittimo modo di acquisto, mentre in fatto non è c sì, il che attualmente si dice titolo putativo, e per verità di rado, r pure in alcune circostanze può avvenire, senza che vi sia alcuna col a rimproverare (4). In generale di colui che in uno di questi due mo si trova in buona fede, si dice che possiede ed usucapisce la cosa co sua *pro suo*, principalmente quando il suo titolo effettivo o putati non ha un suo proprio nome (5). Ma pei titoli di acquisto che hanno nome, il possesso e l'usucapione comunemente vien indicata nel s guente modo:

1.° *Pro soluto* possiede ed usucapisce colui che ha avuto o crede aver avuto in pagamento una cosa (6).

2.° *Pro emptore* colui che ha comprato (7) o crede di aver compr to la cosa (8).

(1) V. § 169. n. 13.

(2) Un frequente errore di dritto di questa specie è che le cose perdute apparteness all'inventore. V. § 164. Nota 23.

(3) § 35. J. *de rer. div.* (2. 1.) pr. J. *de usuc.* (2. 6.) L. 13. L. 28. L. 33. § 1. 38. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 2. § 15. 16. L. 14. D. *pro empt.* (41. 4.) L. 4. L. 5. D. *pro derel.* (41. 7.) L. 109. D. de V. S. (50. 16.)

(4) § 11. J. *de usuc.* (2. 6.) L. 27. L. 29. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 2. L. 3. *pro legato* (41. 8.) Confr. con L. 33. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 2. § 15. 16. 11. D. *pro empt.* (41. 4.) L. 3. L. 4. § 2. L. 5. § 1. D. *pro suo* (41. 10.) L. 4. 9. D. *pro legato* (41. 8.)

(5) L. 1. pr. L. 2-5. D. *pro suo* (41. 10.) L. 27. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 1. § D. *pro dote* (41. 9.)

(6) L. 46. L. 48. D. *de usurp.* (41. 3.). Alcuni manoscritti ed alcune edizioni fan dei quattro ultimi passi di questo titolo un titolo a parte « *pro soluto.* »

(7) L. 1. L. 2. pr. D. *pro emptore* (41. 4.)

(8) L. 11. D. *eod.* Sulla falsa opinione di Paolo nella L. 2. pr. D. *eod.* e L. 48. *de usurp.* (41. 3.), che vi fosse stata una vendita effettiva e che vi fosse intervenuta buona fede veggasi il § 169. Nota 11.

3.° *Pro donato* chi possiede sul fondamento di una aperta o mascherata donazione (9).

4.° *Pro legato* chi possiede in virtù di un effettivo (10), o supposto legato (11).

5.° *Pro dote* chi ha ricevuto una cosa come dote (12), presupposto però che vi sia un valido matrimonio (13).

6.° *Pro transacto* chi possiede in seguito di una transazione sia la cosa stessa litigiosa, sia un'altra che gli è stata data per aggiustamento (14).

7.° *Pro derelicto* chi per errore ha tenuto per derelitta una cosa, ed in questa credenza l' ha occupata (15).

8.° *Pro herede* finalmente chi 1) si crede erede di una persona veramente morta ed in questa opinione possiede le cose ereditarie (16), o 2) come vero erede ha preso possesso di cose altrui credendo in buona fede che appartenessero all' eredità (17), nel quale ultimo caso però è necessario che le cose al tempo della morte del suo autore non si trovassero già nelle mani di costui (18), giacchè altrimenti l'erede succederebbe nella qualità del possesso del defunto e per conseguenza se questi come detentore o ingiusto possessore non avrebbe potuto usucapire, del pari nol potrebbe egli (19). Due speciali applicazioni dell' *usucapio pro herede* alla *bonorum possessio* non possono dichiararsi che allorchè si

(9) L. 1. pr. L. 6. D. *pro donato* (41. 6.) L. 1. C. *de usuc. pro don.* (7. 27.)

(10) L. 1. L. 5-8. D. *pro legato* (41. 8.)

(11) L. 4. L. 9. D. *eod.* Confr. con L. 2. L. 3. D. *eod.*

(12) L. 1. pr. § 1. L. 3. D. *pro dote* (41. 9.) L. un. C. *de usuc. pro dote* (7. 28.)

(13) L. 1 § 2-4. D. *eod.*

(14) L. 29. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 8. C. *de usuc. pro empt.* (7. 26.)

(15) L. 4. L. 5. D. *pro derel.* (41. 7.). Le L. 6. L. 7. D. *eod.* si debbono riferire all' errore di dritto, come quando alcuno tiene per abbandono il jactus navis levandae causa. V. § 172. Nota 3.

(16) § 3. J. *de interd.* (4. 15.) L. 11. pr. D. *de hered. pet.* (5. 3.) L. 1. L. 2. pr. D. *pro herede* (41. 5.) L. 21. L. 33. § 1. L. 36. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 3. C. *de usuc. pro herede* (7. 29.)

(17) L. 3. D. *pro herede* (41. 5.) Confr. con L. 43. pr. L. 44. § 3. L. 45. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.)

(18) § 12. J. *de usuc.* (2. 6.) L. 4. C. *de usuc. pro herede* (7. 29.) L. 4. C. *de praescr.* l. t. (7. 33.)

(19) L. 60. § 1. D. *locati* (19. 2.) L. 30. pr. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 13 § 4. 5. L. 23. pr. L. 30. § 5. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 4. § 15. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 2. § 19. D. *pro emptore* (41. 4.) L. 11. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.) L. 3. C. *comm. de usuc.* (7. 30.)

tratterà di questa (20). L'antica *usucapio lucrativa pro herede* do
Adriano non ha più luogo che contro gli eredi necessari (21), ed a
secondo la pratica più recente solo contro gli schiavi istituiti eredi.
non anche contro i *sui et necessarii heredes* (22), e della *usurecep*
non si trova più nulla nel dritto di Giustiniano.

c) Usucapione straordinaria.

§ 171. In più casi si può usucapire la proprietà di una cosa sen
che vi concorrano le condizioni dell'usucapione ordinaria.

1.° Il più antico tra questi casi è quello introdotto da Valentini
II e Teodosio I. per promuovere l'agricoltura. Chi ha preso in posse
e coltivato per due anni delle terre, di cui il proprietario non si da n
na cura, dee per questo modo acquistarne la proprietà (1).

2.° Gli altri casi hanno tutti origine da Giustiniano. 1) La dispo
zione di Giustiniano che anche la *longi temporis possessio* debba d
al possessore di buona fede il dritto di revindica (2) si applica anc
per compimento alle cose mobili, allorchè queste son sottratte alla
sucapione, o il possessore non ha il *jus commercii* (3). 2) Ma se an
la *longi temporis praescriptio* per qualunque ragione sia esclusa, al
ra si applica l'altra disposizione di Giustiniano secondo la quale alm
no con un possesso legale di 30, o 40 anni si acquista il dritto di
vendicazione (4), e ciò ha luogo: A. per gl' immobili sottratti all'u
capione (5); B. quando vi è la buona fede, ma vi manca qualcuno
requisiti necessari all'usucapione che anche la l. t. *praescriptio* p

(20) V. Caj. III. 80.

(21) Caj. II. 58. III. 201.

(22) L. 2. C. *de usuc. pro herede* (7. 29.) L. 8. C. *de jure delib.* (6. 30.)

(1) L. 8. C. *de omni agro deserto* (11. 58.)

(2) L. 8. pr. C. *de praescr.* 30. ann. (7. 39.). V. § 167. Nota 23.

(3) La Nov. 119. c. 7. procede manifestamente dall'ammisibilità della l. t. praes
ptio, giacchè essa contiene una limitazione della medesima. In generale non v'è ness
ragione di potere dalla L. un. C. *de usuc. transform.* (7. 31.) dedurre un' abolizi
della l. t. praescriptio per rapporto alle cose.

(4) L. 8. § 1. C. *de praescr.* 30. ann. (7. 39.)

(5) Per verità nella L. 8. § 1. C. cit. può essersi pensato anche a questo caso, i
perocchè allora durava tuttora il termine antico dell' usucapione, e quindi la l. t. poss
sio si applicava per compimento anche agl'immobili; ma dopo la L. un. C. *de usuc. tran*
(7. 31.) non può più per gl' immobili parlarsi di una l. t. praescriptio a lato all' usu
pione, e siccome questo passo lascia ancora sussistere le antiche eccezioni dalla usucap
ne, tranne solo che i fondi provinciali qui son compresi sotto l' usucapione, così non
ve qui applicarsi se non la prescrizione di 30. anni.

suppone (6); C. per le cose alienate da un *malae fidei possessor*, quando l'alienazione è rimasta ignota al proprietario, giacchè se questi scientemente ha lasciato fare l' alienazione ha luogo la semplice l. t. *praescriptio* (7). D. pei lucri nuziali che per le seconde nozze son ricaduti ai figli del primo matrimonio, se il *conjux binubus* li ha alienati, nel qual caso inoltre i 30 anni non decorrono se non dopo che i figli son divenuti puberi e *sui juris* (8); E. per le *res patrimoniales principis* come pure pei fondi delle chiese e degli stabilimenti pii (9) i quali possono usucapirsi solo con 40 anni di possesso (10). Siccome l'usucapione straordinaria in quanto è fondata sulle disposizioni di Giustiniano non è che un effetto ingrandito della prescrizione delle azioni, così i principi che valgono per questa sulla interruzione e la sospensione della prescrizione si debbono sempre anche alla usucapione straordinaria applicare. Ciò per verità nella usucapione di una terra abbandonata dal proprietario, in generale non è applicabile, ma nondimeno anche questa viene interrotta per l' introduzione dell'azione di revindica (11).

III. PERDITA DELLA PROPRIETA'.

§ 172. Di già ci si è presentata una moltitudine di modi di perdere la proprietà, giacchè per tutti gli acquisti che cadono sopra cose di altri cessa la proprietà di questi su di esse. Ma la proprietà si può perdere anche senza che alcuno acquisti la cosa. Ciò avviene 1) di volontà del proprietario, allorchè questi consuma o in altra guisa distrugge la sua cosa, o quando la mette fuori commercio (1), o la abbandona, cioè rinuncia alla proprietà sopra di essa, il che può accadere anche tacitamente; ma presuppone la capacità di volontà e la libertà di dispor-

(6) P. es. quando l' erede ritiene come cosa dell' eredità gli oggetti altrui che trova nella massa L. 4. C. *de praescr.* l. t. (7. 33.) (§ 169. Nota 17. 18.), ovvero quando il matrimonio, nell' *usucapio pro dote*, è nullo (§ 169. Nota 13.). D'altra parte anche qui l' errore di dritto non può valere come *bona fides*, a cagione della regola generale: error juris non prodest adquirere volentibus.

(7) Nov. 119. c. 7.

(8) Nov. 22. c. 24.

(9) L. 1-3. C. *de rei dom. vel templ.* (7. 38.) L. 11. L. 13. C. *de fund. patrim.* (11. 61.) L. 2. C. *de fund. et salt. rei dom.* (11. 66.)

(10) L. 14. C. *eod.* Confr. § 74. n. V.

(11) L. 8. C. *de omni agro deserto* (11. 58.)

(1) L. 60. D. *de pactis* (2. 14.) L. 17. pr. D. *de usufr.* (7. 1.) § 9. J. *de rer. div.* (2. 1.)

re(2), e dippiù non ha effetto se alcuno ha abbandonato il possess
plicemente per timore o altra somigliante cagione (3). 2) Senza
lontà del proprietario, quando A. la cosa vien distrutta da altri,
risce per caso; B. quando altri la mettono fuori commercio (4
quando se ne impadronisce il nemico (5); D. quando un fondo
solo momentaneamente inondato, ma è permanentemente occupat
le acque, nel qual caso quando anche posteriormente si ritirino
que non rivive la proprietà (6), e E. quando gli animali selvatici
fuggono via, o i mansuefatti perdono l'uso di ritornare (7). L'arrena
e il naufragio mai non fa perdere la proprietà (8). È molto contr
la quistione se nell'acquisto derivativo provegnente da alcuno il
non abbia che una proprietà rivocabile (9), l'avveramento di que
costanze che avrebbero prodotto la riversione della cosa, se l'
stesso tuttora la avesse, tragga con se anche la perdita della pro
pei successori (10). Non pertanto non si può in nessun caso app
generalmente il principio che la risoluzione del dritto del tradent
via anche il dritto dell'acquirente: *resoluto jure dantis resolvitur*
cipientis; anzi è regola che la sopravvegnenza di una causa di riv
obbliga personalmente solo il proprietario rivocabile a restituire
o il suo valore, ma non riguarda punto i suoi successori (11). Pur

(2) § 47. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 17. § 1. L. 29. D. *de adq. poss.* (41.
L. 2. L. 3. L. 5. D. *pro derel.* (41. 7.)

(3) L. 9. pr. D. *quod met. caus.* (4. 2.) L. 8. D. *de lege* Rhodia *de jactu*
L. 33. § 2. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 1. § 29. L. 3. § 6. 7. D. *de vi* (43. 16

(4) § 8. 9. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 7. L. 8. D. *de relig.* (11. 7.)

(5) V. sopra § 163. Nota 11-19.

(6) L. 7. § 5. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 1. § 5. 7. D. *de flumin.* (4
§ 23. J. *de rer. div.* (2. 1.)

(7) § 12. 14. 15. J. *eod.* L. 3. § 2. L. 4. L. 5. pr. § 4. 5. D. *de adq. r*
(41. 1.)

(8) L. 1. pr. § 5. L. 2. L. 3. L. 4. L. 7. D. *de incend. ruina naufr.* (47.
C. *de naufrag.* (11. 5.)

(9) V. § 162.

(10) Confr. *Faber* Rational. ad Pand. ad leg. 41. D. *de rei vind.*; *Vinnii* S
st. II. 5.; *Niesser* nel giornale pel dritto e proc. civ. vol. II. n. 1. e 8.; *Zimm*
l'Archiv. per la prat. civ. vol. 5. n. 9.; *Fritz* quivi vol. VIII. n. 11.; *Thiba*
vol. XVI. n. 14.; *Muller* Tratt. civ. vol 1. n. 7.

(11) Ciò è stato indicato come *resolutio dominii ex nunc* e noi lo troviamo seg
te nella restituzione nello stato primiero L. 62. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 1
resc. vend. (4. 44.); nella rivocazione di un alienazione in forza di un dritto d
legale o convenzionale L. 3. C. *de cond. ob caus. dat.* (4. 6.) L. 4. C. *de re*
(4. 61.) L. 3. in fine L. 4. pr. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 21. § 1. L.
D. de aedil. ed. (21. 1.); nel ritorno delle cose usucapite durante il giudizio di

delle eccezioni (12),ed a queste si riferisce anche il caso quando si avvera una condizione risolutiva (13), pel principio che le condizioni avverate retroagiscono al momento che l'affare è cominciato (14); ma non già anche il caso quando all'acquisto di una cosa si è aggiunto l'obbligo di trasferire in certe circostanze la cosa ad un altro, giacchè qui l'avveramento della condizione non annulla un'altra alienazione fatta nell' intervallo (15).

IV. DELLA PROPRIETA' DELLE COSE PUBBLICHE.

§ 173. Molti principi speciali han luogo per le cose pertinenti allo Stato, ad una Città, ad una Chiesa o ad uno Stabilimento pio, ed in ispezialtà pei fondi rustici, ed è cosa utile di qui riunirli, quantunque alcuni di essi sieno di già stati accennati, ed altri debbano in seguito più particolarmente esser dichiarati.

1.° Se le cose dello Stato 1) son destinate all'uso pubblico *res publicae*, nel qual caso son ritenute come *res extra commercium* (1), ogni uso il quale oltrepassa lo scopo pel quale son destinate non è permes-

L. 18. L. 21. L. 45. D. *de rei vind.* (16. 1.), e nel ritorno delle cose dotali dopo sciolto il matrimonio; imperocchè Giustiniano non concede qui alla moglie un dritto di revindica, se non quando le cose si trovano tuttora nel patrimonio del marito « *si extant* » L. 3. C. *de jure dot.* (5. 12.) Confr. con L. 12. § 1. C. *qui potiores* (8. 18.) Nov. 91. c. 1., il che però è vero soltanto per le cose mobili, essendochè l'alienazione degl' immobili è al tutto nulla.

(12) I casi di questa specie si sono appellati *resolutio dominii ex tunc*, perchè in essi si procede come se la proprietà rivocabile con tutt'i suoi effetti non si fosse mai avuta. — Un esempio ce ne dà la rivocazione di una donazione a causa di morte, L. 29. D. *de mort. caus. don.* (39.6.)

(13) L. 13. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 4. § 3. D. *de in diem addict.* (18. 2.) L. 8. D. *de lege commiss.* (8. 3.) L. 3. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 4. C. *de pact. inter empt. et vend.* (4. 54.) Nov. 22. c. 44. § 6. Di altra opinione è *Niesser* op. cit. Nell' antica *Fiducia* la cosa era altramente; imperocchè sebbene questa conteneva una vera condizione risolutiva, pur nondimeno non vi era che una semplice obbligazione personale alla rimancipazione, per la qual cosa l' *actio fiduciae* recava infamia, e si era conceduta la *usureceptio*. (V. appresso § 192. Nota 9-13.); ancora non si vuol negare che la L. 3. C. *de pact. inter empt. et vend.* (4. 54.) non è in armonia con la esposta teorica, ma veramente non è neppure in armonia con la seguente L. 4., sebbene amendue questi passi sieno di Alessandro Severo.

(14) V. sopra § 38. Nota 14-16.

(15) L. 11. § 1. D. *quemadm. serv. amitt.* (8. 6.). Ma l'applicazione di questo passo è cessata per la L. 3. § 2. C. *commun. de legat.* (6. 43.)

(1) L. 6. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

so (2), purchè non se ne sia conceduta la facoltà dal Sovrano o da autorità che ne abbia il potere, o purchè non se ne sia acquis dritto mediante un possesso immemorabile (3), ed ognuno per reg la facoltà di agire contro siffatte trasgressioni (4). Solamente gli elevàti di propria autorità *in loco publico* debbono rimanere in c non arrechino danno ad alcuno (5), il che Onorio per un certo temp se a favore de'Veterani (6). Per rispetto alle strade pubbliche i p sori di terre limitrofe hanno il peso di mantenere in buono stato que to che è innanzi ai loro fondi (7) e di cedere in caso di necessità i che vi abbisogna (8); 2) per le altre cose dello Stato s'intende da s z'altro che nessuno se ne può arrogare l'uso; ed ancora niuno fu lo Stato medesimo ha per tal riguardo facoltà di agire (9). Al co quì s' incontrano le seguenti particolarità: A. queste cose son s te all'usucapione (10), e B. se alcuno ne faccia un legato, ques me per le *res extra commercium*, è nullo (11). C. Non si posso nare che al pubblico incanto (12), ma allora l'alienazione non si p pugnare neppure da parte dello Stato (13). D. Per le terre dell date in locazione *agri vectigales* ci ha una teorica tutta propria, le concede ai conduttori dritti maggiori che non competono ag nari conduttori (14).

2.° Lo stesso è in parte pei fondi delle Città: se essi son desti

(2) L. 14. § 2. D. *de servit.* (8. 1.) L. 1. pr. D. *de serv. praed. urb.* (8 10. § 2. L. 18. § 1. D. *de aqua et aq. pluv.* (39. 3.) L. 50. D. *de adq. r* (41. 1.) L. 2. § 10. 16. D. *ne quid in loco publ.* (2. 8.) L. 2. D. *de flum.* (L. 1. § 38-44. D. *de aqua quotid.* (43. 20.) L. 2. L. 3. L. 5. L. 9-11. C. *d duct.* (11. 42.)

(3) L. 45. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 7. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.) *de aquaeduct.* (11. 42.)

(4) V. appresso § 215.

(5) L. 2. § 4. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.) L. 1. C. *de div. praed.* (

(6) V. § 167. Nota 24.

(7) L. un. § 3. D. *de via publ.* (43. 10.)

(8) L. 14. § 1. D. *quemadm. serv. amitt.* (8. 6.)

(9) L. 2. § 4. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.). Soltanto là *novi operis* forma in certo modo una eccezione.

(10) V. § 169. Nota 33.

(11) L. 39. § 8-10. D. *de legat.* I. (30.)

(12) L. 1. 2. 4. 5. C. *de fide et jure hastae fisc.* (10. 3.) L. 3. C. *si adv* (2. 37.)

(13(L. 1. L. 2. C. *ne fisc. rem quam vend. evinc.* (10. 5.) L. 1. C. *de priv.* (11. 65.)

(14) V. § 177-179.

l'uso pubblico sono annoverati tra le *res publicae*, e son trattati nella medesima guisa per rispetto al godimento (15). Nondimeno non sono *extra commercium* (16), eccetto in quanto che non possono acquistarsi per usucapione (17). Se le terre delle città son locate in perpetuo, i conduttori godono de' dritti de' conduttori di terre dello stato (18). Ma i Decurioni non possono assolutamente prendere in affitto le terre delle Città (19).

3.° I fondi delle Chiese e degli Stabilimenti pii, compresi anche gli edifizi principali non solo sono esenti da usucapione (20), ma secondo le disposizioni di Leone e Giustiniano non possono neppure essere alienati (21), nè affittarsi per un tempo maggiore di 30 anni (22). Non pertanto è permesso di costituirvi sopra de' dritti reali, anzi anche un enfiteusi, quantunque con alcune restrizioni (23), e per le cose mobili qui non vi è nulla di eccezionale, salvo quando appartengono agli arredi destinati al servizio divino, nel qual caso sono *res sacrae* e non possono vendersi che pel riscatto de' prigionieri (24).

CAPITOLO III.

DELLE COSE CHE APPARTENGONO AL PATRIMONIO.

I. IN BONIS ESSE (*).

§ 174. Allato alla proprietà trovasi anche un'appartenenza di cose al patrimonio di una persona, un *in bonis esse*, la cui essenza sta in que-

(15) L. 15. D. de V. S. (50. 16.) Confr. con § 6. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 6. § 1. D. *eod.* (1. 8.) L. 9. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 2. § 2. D *ne quid in loco publ.* (43. 8.) L. 5. § 4. L. 11. § 3. D. *quod vi aut clam.* (43. 24.); Auctor. rei agrar. ed. *Goes.* p. 42. 57. 59. 72.

(16) L. 15. D. de V. S. (50. 16.)

(17) V. § 169. Nota 37.

(18) V. § 179.

(19) L. 2. § 1. D. *de admin. rer. ad civ. pert.* (50. 8.)

(20) V. § 169. Nota 38. § 171. Nota 9. e 10.

(21) L. 14. C. *de sacros. eccles.* (1. 2.) Nov. 7. Nov. 120.

(22) Nov. 120. c. 3.

(23) Nov. 7. c. 3. Nov. 120. c. 1. 2. 4. 5.

(24) § 8. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 21. C. *de sacros. eccles.* (1. 2.) Nov. 7. c. 8. Nov. 120. c. 10.

(*) *Unterholzner* nel Museo Ren. vol. 1. p. 139. seg.; *Zimmern* quivi vol. III. p. 311. seg.; *Mayer* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. VIII. n. 1.

sto che alcuno, senza aver per se un acquisto di proprietà pienam
valido, pure ne' principali rapporti vien trattato come proprietari
che segnatamente presuppone che abbia luogo un'eccezione peren
contro la revindica da altri intentata, ed un dritto di rivendicazio
il possesso siasi perduto (1), sebbene questo solo indizio non decid
Certamente la stessa proprietà è un in *bonis esse* (3), giacchè essa ap
to forma la parte principale del patrimonio, ma quì s'intende parla
quei casi in cui manca qualche cosa alla vera proprietà. Il dritto Ro
più antico non conosceva siffatto rapporto (4), ma le sue fondament
ron poste dall'editto del Pretore, ed il caso principale, che ne' fo
preferenza s'intende per l'*in bonis esse s. habere*, e che fu poi mess
banda da Giustiniano (5), provenne da ciò che le *res mancipi* com
mente o per maggior comodo o per altra qualunque ragione si co
ciarono a trasferire con la semplice tradizione (6), anzi secondo la
suetudine il compratore si dovea contentare di questa forma (7)
principio da siffatta tradizione ne risultava un semplice possesso di
capione, il quale finchè l'usucapione non era compiuta non imped
tradente di rivendicare la cosa tanto da colui che l'avea ricevuta, q
to da qualunque altro, essendochè egli non avea cessato di esser
prietario (8). Questo dritto di rivendicazione dovè però cessare
chè l'editto del pretore, forse precisamente in riguardo di questo
ebbe introdotta l'*exceptio rei venditae et traditae* (9), imperocchè
sta eccezione anche quì si opponeva alla revindica del tradente,
come allora niuno più era autorizzato di ritogliere la cosa all'acqu
te, così da quel tempo si potè dire con ragione che quella cosa ap
teneva al suo patrimonio, e che la proprietà del tradente durava
ra solo nominalmente come un *nudum jus quiritium* senza alcun d

(1) L. 52. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) « Rem in bonis nostris habere intellig
quoties possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionem habe
V. anche L. 49. D. de V. S. (50. 16.) Confr. con L. 1. § 4. D. *de su*
(43. 18.)

(2) Imperocchè l'usufruttuario ed il creditore pignoratizio hanno sibbene l'actio
ceptio, e pur non hanno la cosa in bonis.

(3) Caj. II. 9; L. 5. pr. D. *pro derel.* (41. 7.) L. 4. § 32. D. *de doli exc.*
L. 49. D. de V. S. (50. 16.)

(4) Caj. II. 40.

(5) V. Nota 28.

(6) Caj. II. 41.; Ulp. I. 16.

(7) V. § 166. Nota 4.

(8) V. § 166. Nota 3.

(9) V. § 161. Nota 43. seg.

effettivo (10). Per questo modo si formò da prima l'idea di un'appartenenza di cose al patrimonio diversa dalla proprietà, il che del resto non potè avvenire prima del quinto secolo di Roma (11). Ma come una volta si fu formato il concetto dell' *in bonis esse*, fu applicato anche a quei nuovi acquisti di cose non riguardati come pienamente validi, che il pretore a poco a poco veniva introducendo (12), tanto agli universali (13), che ai singolari, cioè la *ductio* nelle azioni noxali (14), la *missio ex secundo decreto* (15), la *sublucatio arborum* (16), e la prestazione del giuramento decisorio nel giudizio di revindica (17), ed appunto per questo forse anche alla *restitutio fideicommissi* (18); ma non fu punto applicato agli acquisti originari, o generalmente alle *adquisitiones naturales* che l'antico dritto civile avea già riconosciuti come veri acquisti della proprietà (19). Per ciò che riguarda il contenuto

(10) Caj. I. 54. III. 166.; L. un. C. *de nudo jure Quir toll.* (7. 25.) Confr. con L. 52. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(11) Imperocchè i Pretori medesimi erano stati istituiti poco prima, anno di R. 386., e non è credibile che Editti così importanti come quelli sulla exceptio rei venditae et traditae fossero stati emanati fin dai primi anni.

(12) *Savigny* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. II. p. 369. seg.; *Zimmern* op. cit. Manifestamente si avea l'opinione che solo una *lex* o un'altra fonte del *jus civile* istituendo o confermando un modo di acquisto potesse dare la proprietà, al che anche accenna l'espressione *dominium legitimum*. Del resto a torto lo Zimmern annovera tra gli acquisti pretorii anche il pagamento della *litis aestimatio*.

(13) Caj. III. 77-81. IV. 35.

(14) V. § 166. n. 1. 4. Qui l'acquisto appellasi con precisione un semplice *in bonis esse* L. 2. § 1. D. si ex nox. caus. ag. (2. 9.) L. 26. § 6. D. de nox. act. (9. 4.)

(15) V. § 166. n. I. 3. Solo ammettendo un semplice *in bonis esse* si può qui spiegare la necessità della prescrizione L. 15. § 16. L. 18. § 15. D. *de damno inf.* (39. 2.) L. 3. § 23. D. *de adq. poss.* (41. 1.), e la *Pubbliciana actio* nella L. 18. § 15. D. *de damno inf.* (39. 2.)

(16) V. § 163. n. 1. 4. L'Editto qui non parlava anche del *dominium*, ma soltanto dell'*habere licere* L. 1. § 1. 7. D. *de arb. caed.* (43. 27.)

(17) V. § 163. Nota 33. Qui parimente solo ammettendo un semplice *in bonis esse* si spiega perchè era necessaria la prescrizione L. 13. § 1. D. *de jurejur* (12. 2.)

(18) Se nella L. 63. pr. D. *ad Sct. Trebell.* (36. 1.) l'*in bonis esse* si dee prendere come il contrapposto della proprietà, del che io potrei dubitare, dovrà pure ammettersi che l'Editto del pretore sia stata la fonte del principio che mediante la *restitutio fideicommissi* le cose appartenevano incontanente al fedecommessario senza tradizione, il qual principio può essere molto più antico del carattere obbligatorio dei fedecommessi introdotto per la prima volta da Augusto § 1. J. *de fideic. her.* (2. 23.) pr. J. *de codic.* (2. 25.) e ne è assolutamente una prova che i fedecommessi parecchie volte son chiamati modo di acquisto pretorio L. 2. § 19. D. *pro emptore* (41. 4.) L. 9. § 6. 7. D. *de interr. in jure* (11. 1.) L. 24. § 1. D. *famil. herc.* (10. 2.), il che non è sufficientemente spiegato da Caj. II. 253. e § 4. J. *de fideic. her.* (2. 23.)

(19) V. § 162. Nota 6.; di altra opinione è *Mayer* op. cit., ma il suo principale fon-

dell' *in bonis esse*, in esso si comprendevano in sostanza tutt' i d vantaggi della proprietà (20), e perciò appunto il più delle volt detto *dominium* (21), e da Teofilo *dominium bonitarium* (22). I rimane dubbioso se ad esso fin da principio andava annesso un di revindica (23); ma ad ogni modo un tal dritto fu ben presto a rato per la *Publiciana in rem actio* (24), e da quel tempo la di za con la proprietà rimase solo in questo che la manomissione schiavo *in bonis* si riteneva come una manomissione incompi quale rendeva il manomesso un semplice *Latinus Junianus* (2 anche questa differenza era transitoria, imperocchè l'*in bonis es* diante l'usucapione si trasformava in una piena proprietà (26). meno negli acquisti pretorii poteva non esser sufficiente a ciò i po dell'usucapione, ma esser necessaria invece la *longi tempori sessio*, la qual cosa almeno per alcuni di essi noi troviamo esse dubitata (27), e ciò dimostra anche che la l. t. *praescriptio* fu tuzione pretoria. Ma Giustiniano abolì il *nudum jus quiritium* d

damento è una falsa intelligenza della L. 5. pr. D. *pro derelicto* (41. 7.), la q parla dell' usucapione di una cosa veramente derelitta, e per consoguenza senza ma sibbene di una cosa non derelitta, la quale però dall' occupante, e con lui a compratore vien reputata come derelitta.

(20) Caj. II. 88.; Ulp. XIX. 20. 21.; Fragm. Vat. § 90.; L. 3. pr. L. 15. *de pign.* (20. 1.) L. 6. C. *si al. res pign.* (8. 16.) L. 18. pr. D. *de da* (39. 2.)

(21) L. 26. § 6. D. *de nox. act.* (9. 4.); Caj. I. 54. II. 40.

(22) Theoph. I. 5. § 4. Da questo luogo è presa l' espressione di proprietà b che ora è tanto in uso.

(23) Quando il *Mayer* op. cit. p. 15. seg. deduce da Cajo IV. 92. che nella petitoria si potea intentar l'azione colla semplice espressione *res mea est* senza ag *ex jure Quiritium*, e che perciò questa formola potea convenire anche all'*in bo* si può forte dubitare se Cajo voglia dir questo, e non voglia piuttosto far notare l' *agere per sponsionem* la persona non potea direttamente agir sulla cosa stess Nota 17.). Ma l' actio pubbliciana potè forse essere più antica dell' exceptio rei et traditae, e per conseguenza potè fin da principio aver applicazione nell' *in bon*

(24) V. § 175. n. II. e L. 18. § 15. D. *de damno inf.* (39. 2.)

(25) Caj. I. 17. 35. 54.; Ulp. I. 16.; Fragm. *de juris spec. et manum* Theoph I. 5. § 4. Se Cajo 1. 167. fonda ciò sulla lex Junia Norbana, ciò pu dare solo la Latinità del liberto; imperocchè la liberazione qui senza dubbio anc era una semplice *manumissio minus plena*.

(26) Caj. II. 41. 204. III. 80.; Ulp. I. 16.

(27) Cioè nella missio ex secundo Decreto L. 15. § 16. D. *de damno inf.* L. 3. § 23. D. *de adq. poss.* (41. 2.), e nell'acquisto mediante prestazione d mento decisorio nel giudizio di revindica. L. 13. § 1. D. *de jurejur.* (12. 2.); anche nella *bonorum possessio* e *bonorum emptio*, in cui per verità Cajo III. la di usucapione ma la L. 21. D. *de usurp.* (41. 3.) parla della l. t. *praescript*

tico proprietario come cosa vuota di senso (28), e da ciò si deduce per conseguenza che tutti gli acquisti che prima lasciavano sussistere quel dritto apparente, ora immediatamente producono la piena proprietà, col che sta in connessione il pareggiamento delle *res mancipi e nec mancipi*, e l'innalzamento della tradizione a forma generale di trasmissione (29). Nondimeno questo cambiamento di Giustiniano non si vuol prendere nel senso che siasi per esso abolito generalmente l'*in bonis esse*; imperocchè ci ha tuttora parecchi casi di un *in bonis esse*, in cui la proprietà che con esso concorre non è affatto un insignificante *nudum jus Quiritium* (30), e questi non son colpiti dalle disposizioni di Giustiniano.

II. BONAE FIDEI POSSESSIO (*).

§ 175. Ai casi dell'*in bonis esse* non aboliti da Giustiniano appartiene in prima la *bonae fidei possessio* in senso stretto, giacchè anche le cose che alcuno possiede nella buona fede di esserne proprietario son noverate tra il suo patrimonio (1).

1.° Il più antico pareggiamento della *bonae fidei possessio* con la proprietà era senza dubbio contenuto in questi due principi 1) che il giusto possessore acquista i frutti della cosa (2), e 2) che a colui che in buona fede possiede come schiavo un uomo libero appartiene anche il profitto del medesimo (3).

2.° Appresso venne la *Publiciana in rem actio* (4) come un *utilis rei vindicatio* tolta in prestanza dalla proprietà. Era nell'indole dell'antico dritto civile di applicare rigorosamente la regola che il revindicante dovesse dimostrare la sua proprietà (5). Ma ciò spesso dovea tor-

(28) L. un. C. *de nudo jur.* Quir toll. (7. 25.)

(29) V. § 47. e 166.

(30) V. § 175-180.

(*) *Tigerstrom* La bonae fidei possessio. Berlino 1836. 8.

(1) L. 49. D. de V. S. (50. 16.) « in bonis autem nostris computari sciendum est non solum quae dominii nostri sunt, *sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint* » L. 136. D. de R. J. (50. 17.)

(2) V. § 165. Nota 2.

(3) Caj. II. 91. 92.; Ulp. XIX. 21.; § 4. J. *per quas pers.* (4.9.) § 1. J. *per quas pers. nob. obl. adq.* (3. 28.) L. 32. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 10. § 3. 4. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.); *Goeschen* Per eum hominem qui servit quemadmodum nobis acquiratur. Goett. 1832. 8.

(4) *Eckenberg* de publ. in rem act. Lips. 1828. 8.; *Guyet de* publ. in rem act. Heidelb. 1823. 8.; *Obrock* de publ. in rem act. Goett. 1813. 8.

(5) V. § 161. Nota 13.

par molto gravoso in due rapporti : 1) negli acquisti derivativi, chè quì la pruova della causa di acquisto e del trasferimento cosa in se stessa serve solo a fare ammettere un giusto possesso non induce la certezza della proprietà, se non quando nel tempo vien dimostrata la proprietà dell'autore (6), pruova che, quando sa è passata per molte mani, si deve estendere anche ai precedent sessori finchè si giunga ad un proprietario indubitato, il che la sempre difficile, e spesso impossibile, mentre tuttavia in gener presunzione è che l'acquisto sia valido. 2) Nel proprio *in bonis es* qual caso non giovava neppure la pruova di aver acquistato da proprietario, imperocchè il possessore per ragioni di forma non nuto come proprietario, e quindi non potea sostenere la tecnica zione « *res mea est ex jure quiritium* » (7). Fuor d'ogni dubbio furono le circostanze che al più tardi nel sesto secolo di Roma sero un Pretore Publicio a disporre che colui, al quale sia stata gnata una cosa *ex justa causa* cioè nello scopo di trasmettere prietà, cosicchè possa usucapire, anche prima che l'usucapione pia, se abbia perduto il possesso, provando semplicemente ques debba essere ammesso alla revindicazione, ed esser per questo do ritenuto per finzione come proprietario (8), e questa applic analoga della revindicazione, la quale come derivazione di una pretoria appartiene alle *actiones fictitiae* (9), dal suo autore vien minata la *Publiciana in rem actio* (10). Quest' azione fu anch giormente estesa per l' interpetrazione de' giuristi; imperocch tre l' editto presupponeva la tradizione come una condizione es

(6) Perchè solo il proprietario può trasmettere la proprietà § 166. n. 1., e la dell' autore non segue dalla tradizione.

(7) V. § 174. Nota 23. Nei tempi posteriori potè veramente tralasciarsi l'ag jure Quiritium, ma nel 5. e nel 6. Secolo di Roma certamente non ancora si tr Imperocchè quantunque fin d'allora si fosse conceduta ai peregrini la *vindicatio* dimeno non avveniva che nei *judicia reccuperatoria*, nei quali in generale non cessarie le forme Romane.

(8) Caj. IV. 36.; § 3. 4. J. de act. (4. 6.) L. 1-7. L. 13. D. *de publ. act* L. 18. § 15. D. *de damno inf.* (39. 2.). Siccome secondo il § 4. 5. J. *de act* l' autore dell' actio publiciana ci si mostra identico con quel Pubblicio, dal qua rigine il più antico dritto sulla restitutione, e questo si trova già in vigore nel se § 80. Nota 3., così bisogna dire che anche l' actio Pubbliciana non sia posteri tempo.

(9) Caj. IV. 36.

(10) E manifesto che quest' azione non si dee confondere con le azioni restit quali si chiamano parimente *actiones Pubblicianae* (80. Nota 3.)

le (11), la pratica romana ammise quest'azione anche ne' casi in cui la proprietà, quando appartiene all'autore, si trasmette senza tradizione (12), e quindi l'ammise sul solo fondamento di un tal modo di acquisto (13), e lo stesso fu osservato per l'*in bonis esse* allorchè questo avea luogo senza tradizione (14). In generale nell'azione Publiciana valgono i medesimi principi che nella revindica della proprietà (15); nondimeno vi sono quattro importanti differenze. 1) Quì non è da proporre come fondamento dell'azione la proprietà dell'attore, ma sibbene l'acquisto della cosa *ex justa causa* (16). 2) Appunto perciò non si deve invero arrecar la pruova della proprietà, ma soltanto di un acquisto di tal fatta (17); 3) ma ciò ha parimente per effetto che quì possono opporsi parecchie speciali eccezioni: A. L'eccezione della proprietà, la quale nella revindica della proprietà non può esser vera subitochè l'attore ha effettivamente la proprietà, ma per contrario nell'azione Publiciana è perfettamente compatibile col fondamento dell'attore; ed allora il convenuto vien preferito (18), se pur non gli si possa opporre la *replicatio doli*, *o rei venditae et traditae o rei judicatae* (19); B. L'eccezione di un possesso egualmente buono o migliore, il che non è di alcun momento nella revindica della proprietà, giacchè quivi è indifferente per qual ragione il convenuto possegga (20), ma quì sarebbe ingiusto di preferire l'attore, il quale si appoggia soltanto sopra una presunzione di proprietà, ad un convenuto che si trova nella condizione medesima; non pertanto i Romani giureconsulti probabilmente i Sabiniani ed i Proculiani disputavano se colui, al quale la tradizione si fosse fatta prima, dovesse sempre riportar vittoria, o solo nel caso che ambidue avessero acquistato dal medesimo autore (21); C. l'eccezione che l'attore sebbe-

(11) L. 1. § 1. D. *de publ. act.* (6. 2.)
(12) V. sopra § 167.
(13) L. 1. § 2. L. 2. L. 3. pr. L. 7. pr. § 1. L. 12. § 1. D. *eod.*
(14) L. 6. D. *eod.* L. 18. § 15. D. *de damno inf.* (39. 2.) V. § 174. Nota 13-17.
(15) L. 7. § 6. 8. D. *de publ. act.* (6. 2.) L. 73. D. *de* R. V. (6. 1.)
(16) Caj. IV. 36.; § 3. J. *de act.* (4. 6.)
(17) § 4. J. *eod.* L. 1. L. 13. § 2. D. *de publ. act.* (6. 2.) L. 66. pr. D. *de evict* (21. 2.)
(18) L. 1. pr. L. 16. L. 17. D. *de publ. act.* (6. 2.)
(19) L. 28. D. *de nox. act.* (9. 4.) L. 24. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.) L. 4. § 32. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 72. D. de R. V. (6. 1.)
(20) L. 9. C. *eod.*
(21) L. 9. § 4. D. *de publ. act.* (6. 2.) L. 31. § 2. D. *de act. empt.* (19. 1.). Giuliano, la cui opinione è riportata nel primo passo era Sabiniano, Nerazio a cui appartiene il secondo passo era al contrario Proculiano. Del rimanente che l'opinione di Giuliano

ne *ex justa causa* pure non abbia acquistato di buona fede (22
l'eccezione che la cosa non sia soggetta ad usucapione (23). 4)
sto si aggiugne eziandio che siccome qui non si decide intor
proprietà, salvochè non sia stata opposta la *exceptio dominii*
tenza non assicura la *exceptio rei judicatae* quando la parte s
bente voglia di poi intentare la revindicazione della proprietà (
dritto di Giustiniano la Publiciana per l'abolizione dell'*in bonis*
certamente perduto quella parte della sua applicazione, in c
sostituiva quasi in tutto la revindicazione della proprietà, gi
essa le mentovate eccezioni parte mai e parte sol di rado si p
incontrare; ma per rispetto alla *bonae fidei possessio* ha co
tutta la sua importanza, ed in quanto essa in un punto princi
va in certo modo questo possesso a proprietà, è nel tempo st
importante presidio per tutti i proprietari, i quali non possor
vogliono dimostrare il dritto del loro autore (25).

3.° Per una estensione analoga della finzione di propriet

sia divenuta più tardi la *recepta sententia* si può dedurre non solo da ciò che
attiene ad essa, ma ancora dall'analogia della L. 14. D. *qui potiores* (20. 4.

(22) L. 7. § 11-17. D. *de publ. act.* (6. 2.)

(23) L. 9. § 5. L. 12. § 4. D. *eod.*

(24) L. 3. L. 14. pr. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.)

(25) Vi è una evidente confusione quando si è detto che il dritto canonico
primo a concedere l'*actio Publiciana* ai proprietarii, e quando il *Thibaut* ne
per la prat. civ. vol. VI. n. 15. per sostenere il suo assunto, che nella rivendic
la proprietà non sia necessario di dimostrare il *dominium auctoris* si spaccia
Pubbliciana con l'osservazione che essa competa soltanto al *bonae fidei poss*
perocchè può esser tenuto da più di un possessore di buona fede quegli del qu
conosce altro che l'acquisto *ex justa causa*, sia egli proprietario o no? In g
controversia introdotta sulla pruova del *dominium auctoris* appartiene ai più
prodotti della nostra letteratura, imperocchè si aggira quasi esclusivamente sul
trazione di testi non decisivi, ma lo scopo e l'essenza dell'*actio Publiciana*
ciuta; se così non fosse, tutta questa contesa non avrebbe potuto aver luogo. P
di 2000. anni innanzi conobbe che la pruova del *dominium auctoris* può di
probatio diabolica, come la chiama il *Leyser* Med. ad Pand. Spec. 99. M
appunto per questo introdusse a favore del proprietario la sua azione. Or sicc
è a disposizione di chiunque o non confida di poter provare il *dominium auc*
vuole rendere più agevole la pruova, così non vi è alcuna durezza a richieder
pruova della proprietà da colui che per evitare le eccezioni e limitazioni dell'a
bliciana espressamente pone a fondamento della sua domanda la proprietà, e
stituisce la *rei vindicatio* propriamente detta. Altrimenti l'azione Pubblicia
anche al tutto senza scopo, giacchè niuno si fonderebbe sopra un semplice a
justa causa, quando egli non ostante l'allegazione precisa di esser proprietario
a dimostrar nulla di più.

lita da Publicio sono stati conceduti al possessore di buona fede anche gli altri mezzi giuridici che competono ad un proprietario (26), ma qui son parimenti ammesse le eccezioni che si possono opporre all' azione Publiciana.

4.° Il possessore di buona fede come tale per verità non ha immediatamente un dritto di eccezione, salvo l' eccezione del possesso egualmente buono contro l' azione Publiciana (27), e prima dell' epoca imperiale non poteva neppure ottenerne alcuno, ma quando fu ammessa la *longi temporis praescriptio* egli almeno per questa si trovò protetto contro la revindicazione (28), e però allora la cosa potè in pieno senso essere annoverata nel suo patrimonio, imperocchè allora gli fu attribuita tanto una *exceptio* quanto un'*actio* a sostegno del suo dritto, e

5.° Giustiniano in fine in questo caso tolse via interamente la differenza con la vera proprietà, disponendo che il giusto possessore per la *longi temporis possessio* dovesse conseguire un dritto di revindicazione (29), pel quale qui si deve intendere (30) solo un dritto di rivendicazione libero da quelle eccezioni che restringevano l'azione Publiciana, come anche prima in alcuni casi per la *longi temporis possessio* poteva aver luogo (31).

III. SUPERFICIES (*).

§ 176. Una speciale applicazione dell'appartenenza di cose al patri-

(26) L. 7. § 2. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 15. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 18. pr. L. 21. § 1. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 136. D. de R. J. (50. 17.) L. 13. pr. L. 18. pr. D. *de damno inf.* (39. 2.). Secondo la L. 11. L. 13. § 9. D. *eod.* il Giureconsulto Marcello per rispetto alla *cautio damni infecti* era per verità di altra opinione, ma Ulpiano nella L. 11. D. cit. la correge.

(27) V. Nota 21.

(28) V. § 74. n. III. e § 168.

(29) L. 8. pr. § 1. C. *de praescr. 30. ann.* (7. 39.). Non è certo per accidente che Giustiniano qui evita l' espressione *dominium*, e parla semplicemente di un dritto di revindica. Egli non ha potuto in tutto abbandonare il pensiero che la *longi temporis possessio* può bene esser cagione che una cosa entri nel patrimonio, ma non può essere un modo civile di acquistare la proprietà; e così pure nella L. un. C. *de nudo jure Quiritium toll.* (7. 25.) egli abolisce soltanto il *nudum jus Quiritium*, ma non fa motto della conseguenza che l' *in bonis esse* divenga per questo una vera proprietà.

(30) Soltanto l' eccezione del difetto della *bona fides* non può venir meno, imperocchè la *longi temporis praescriptio* in generale è subordinata alla condisione della *bona fides*.

(31) V. § 168. Nota 31. e § 174. Nota 27. A questo accenna il riportarsi alle *veteres leges* nella L. 8. pr. C. *de praescr. 30. ann.* (7. 39.)

(*) *Dittmar* Dis. *de superficiei notione*. Lips. 1810.; *Rudorff* nel giornale per la cognizione St. del dr. vol. XI. n. 7.

monio senza averne la proprietà è parimente la *Superficies* (1). *ficies* nel senso largo dinota tutto ciò che è fisso sulla superfici terra (2) e principalmente gli edifizi (3); in senso stretto p quei tali edifizi che alcuno ha sul suolo altrui (4), i quali hanno il proprio nome di *superficiariae aedes o superficiaria aedifici* del pari che il possessore delle medesime appellasi *superficiari* Cioè sebbene gli edifizi sieno una pertinenza del suolo (7), pure u sessore del suolo può cedere ad un altro un edificio o già esist che si dovrà elevare sul suo suolo, in maniera che questi sia rig to come padrone del medesimo o per sempre o per un tempo de nato, purchè non sia molto breve (8). Anche un solo piano di u può in tal guisa esser ceduto (9). Ordinariamente ciò viene s mediante una prestazione annua *solarium* (10), ed allora vi è u cie di locazione (11), ma può anche stabilirsi per via di compra zione, o legato (12). Se la concessione si è fatta da chi non era prietario, essa si convalida in caso di buona fede per la *longi te possessio* (13). Altrimenti non ha luogo veruna usucapione del *perficies* (14), neppure quando alcuno ha egli stesso edificato s

(1) L. 49. D. de V. S. (50. 16.) V. § 175. Nota 1.

(2) L. 13. pr. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 44. § 1. D. de O. et A. (44. 7.)

(3) Cic. ad Att. IV. 1. 2.; L. 3. D. *de servit.* (8. 1.) L. 20. pr. D. de S. P. 2.) L. 23. pr. D. *de usurp.* (41. 3.)

(4) L. 1. D. *de superfic.* (43. 18.) L. 15. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 74. D *vind.* (6. 1.)

(5) L. 2. D. *de superfic.* (43. 18.) L. 12. § 3. D. *de publ. act.* (6. 2.). Ta incontra anche *superficiarium* come sostantivo L. 49. D. de V. S. (50. 16.) e anche *superficium*; *Gruteri* Inscr. p. 138. in fine p. 608., parimente in alcun delle Pandette L. 32. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 39. D. *de legat.* II. (31.), in verità le edizioni sogliono sostituirvi *superficies*.

(6) L. 73. § 1. L. 74. D. de R. V. (6. 1.) L. 3. § 3. D. *de op. nov. nunt.* L. 9. § 4. L. 13. § 8. L. 18. § 1. D. *de damno inf.* (39. 2.)

(7) V. § 44. Nota 5. e § 50. Nota 9.

(8) L. 1. § 3. D. *de superficiebus* (43. 18.)

(9) L. 3. § 7. D. *uti possid.* (43. 17.); Dion. Hal. X. 32.

(10) L. 2. § 17. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.) L. 39. § 5. D. *de legat.* L. 15. D. *qui potior* (20. 4.) L. 7. § 2. D. *de usufr.* (7. 1.)

(11) L. 1. pr. D. *de superf.* (43. 18.) L. 17. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. de R. V. (6. 1.)

(12) L. 1. § 1. 7. D. *de superf.* (43. 18.) L. 32. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. D. *de publ. act.* (6. 2.). Presso *Rudorf.* op. cit. trovasi conservata una notabil zione di una *superficies* dell'anno 193. dopo Cr. che fu rinvenuta scolpita in un

(13) L. 12. § 3. D. cit. Confr. con L. 8. pr. C. *de praescr.* (30. ann. (7. 39

(14) L. 26. D. *de usurp.* (41. 3.). Veramente il testo parla soltanto dell'usu

lo altrui (15). Soltanto, chi ha edificato sul suolo pubblico, quando non ha per questo arrecato alcun danno all'uso pubblico o ai dritti di altri, non debb' esser cacciato, ma sarà tollerato come superficiario assoggettandosi al pagamento di un proporzionato *solarium* (16). Per ciò che riguarda i rapporti giuridici, il proprietario del suolo rimane proprietario e possessore civile della casa col dritto di valersi della rivendicazione e degl' interdetti possessori contro i terzi (17); e però il superficiario non ha che un dritto sulla cosa altrui. Ma non solo questo dritto è un *jus in re* inerente all'edificio, che ogni possessore del suolo dee riconoscere (19), ma l'edificio vien anche riguardato come effettivamente appartenente al patrimonio del superficiario (20), imperocchè egli è protetto contro la rivendicazione del pari che contro gl' interdetti possessori del proprietario (21), e gli appartengono quasi tutti i dritti di proprietario, siccome al contrario egli dee sopportare le spese di mantenimento ed altri pesi della cosa (22). Nondimeno in quanto ai dritti si deve distinguere il tempo prima che l'editto pretorio avesse stabilito le sue disposizioni sulla *superficies* dal tempo posteriore (23).

1.° Ai dritti che erano già riconosciuti nel tempo antico si possono al più annoverare che il superficiario 1) prescindendo da convenzioni speciali, ha un libero dritto di godimento (24), il quale si estende anche alle servitù spettanti alla casa (25); 2) può trasmettere ad altri

ma anche la l. t. *possessio* richiede certamente un titolo, il quale qui non si può immaginare che costituito da un non proprietario.

(15) § 30. J. *de rer. dir.* (2. 1.) L. 7. § 12. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(16) L. 2. § 17. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.) L. 5. § 1. D. *de oper. publ.* (50. 10.) L. 1. C. *de divers. praed.* (11. 69.) Confr. sopra § 167. Nota 24.

(17) L. 1. § 4. L. 2. D. *de superf.* (43. 18.) L. 3. § 7. D. *uti possid.* (43. 17.) L. 32. D. *de contrah. empt.* (18. 1.)

(18) L. 19. D. *de damno inf.* (39. 2.)

(19) L. 1. § 5. D. *de superfic.* (43. 18.)

(20) L. 49. D. de V. S. (50. 16.)

(21) L. 1. § 4. D. *de superf.* (43. 18.) L. 3. § 7. D. *uti poss.* (43. 17.)

(22) L. 7. § 2. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 39. § 5. D. *de legat.* I. (30.) L. 19. D. *de damno inf.* (39. 2.) L. 1. § 6. D. *de superf.* (43. 18.). La L. un. § 3. in fine D. *de via publ.* (43. 10.) può giovare soltanto ai conduttori propriamente detti, ma non già anche al superficiario.

(23) Che l' Editto non abbia per la prima volta introdotta la *superficies*, ma l' abbia trovata già stabilita, si dimostra dallo stesso Editto nella L. 1. pr. D. *eod.*

(24) L. 1. pr. § . D. *eod.*

(25) Il superficiario veramente ebbe le azioni di servitù la prima volta dall' Editto L. 3. § 3. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.), ma ciò non decide nulla sull' esercizio delle servitù.

il suo dritto come meglio gli va a grado (26); 3) questo dritt agli eredi dopo la sua morte, quando non l'abbia legato ad un alt e 4) può in forza del contratto agir contro il proprietario pe rentia del godimento assicuratogli o pel ristoro del danno (28).

2.° Ma un editto pretorio d' incerta data ha conceduto al sup rio anche 5) una *utilis rei vindicatio* (29), la quale, allorchè i del concedente non può esser dimostrato, è ammessa eziandi *Publiciana actio* (30), ed in generale tutt' i mezzi di dritto di proprietario si può servire (31), in quanto però sieno applical all'edifizio (32), 6) come pure un *interdictum retinendae poss* ad imitazione dell' interdetto *uti possidetis* (33). Dopo che fu cato questo editto si potè a buon dritto riguardar la casa co parte del patrimonio del superficiario, e la sua detenzione co possesso capace degl'interdetti (34), e ciò ebbe anche per conse

3.° Che 7) furon dati al superficiario anche gl'interdetti *rec dae possessionis* (35), e che 8) gli fu anche conceduto di dar gno (36) e di costituire delle servitù di ogni specie (37), ma s la durata del suo dritto (38). Del resto la *superficies* può an partenere a più persone, le quali allora possono parimente divider

(26) L. 1. § 7. *de superf.* (43. 18.) L. 39. § 5. D. *de legat.* I. (30.) L. 3 *contr. empt.* (18. 1.)

(27) L. 10. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 39. § 5. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. § *superf.* (43. 18.)

(28) L. 1. § 1. D. *eod.* s' intende da sè che si può richiedere anche la tradiz cosa; ma non si trova però che la *superficies* egualmente che la proprietà non s per la semplice convenzione, ma per la tradizione.

(29) L. 1. pr. § 3. 4. 6. D. *eod.* L. 73. § 1. L. 74. L. 75. D. de R. V. (6

(30) L. 12. § 3. D. *de publ. act.* (6. 2.)

(31) L. 1. pr. § 4. 8. 9. D. *de superf.* (43. 18.) L. 3. § 7. D. *uti poss.* (43 13. § 8. L. 18. pr, L. 39. § 2. D. *de damno inf.* (39. 2.) L. 3. § 3. D. *de nunt.* (39. 1.) L. 16. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 10. D. *fam. herc.* (

(32) L. 2. pr. D. *fin. reg.* (10. 1.) L. 1. § 17. D. *de aqua et aqua pluv.* (

(33) L. 1. pr. § 1. 2. D. *de superf.* (43. 18.) L. 3. § 7. D. *uti poss.* (43

(34) L. 3. § 7. D. cit. L. 15. § 1. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.) L. 1. § *de superf.* (43. 18.) L. 49. D. de V. S. (50. 16.)

(35) L. 1. § 5. D. *de vi* (43. 16.)

(36) L. 16. § 2. L. 17. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 13. § 3. D. *de pign.* L. 15. § 1. D. *qui potior.* (20. 4.)

(37) L. 1. pr. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 4. § 6. 9. D. *de superf.* (*Fragm. Vat.* § 61.

(38) Arg. leg. 31. D. *de pign.* (20. 1.) L. 8. pr. D. *quib. mod. pign.* (20

(39) L. 1. § 9. D. *de superf.* (43. 18.) L. 10. D. *fam. herc.* (10. 2.)

Se la *superficies* è conceduta solamente per un tempo determinato allora si estingue pel decorrimento del medesimo (40); altrimenti si estingue soltanto 1) per la rinunzia del superficiario, 2) per la rovina dell'edifizio quando non sia riedificato (41), al che il superficiario è autorizzato; 3) per la riunione della proprietà del suolo e del dritto superficiario in una medesima persona, al che si riferisce anche quando il superficiario acquista per usucapione la proprietà del suolo (42) o il proprietario del suolo usucapisce la libertà dell' edifizio (43), e 4) per la devoluzione, la quale può aver luogo per la mancanza di pagamento del *solarium* per due anni (44). Veramente quando si tratta degli oggetti del dritto superficiario non si parla che di edifizi, ma nodimeno se sieno stati ceduti de' giardini o altri luoghi liberi da edifizi come pertinenze di una casa, allora è necessario di estender per analogia anche ad essi il dritto del superficiario.

IV. AGRI VECTIGALES ED ENFITEUSI (*)

7) *Introduzione.*

§ 177. Gli *agri vectigales* e le enfiteusi son da considerare come le più importanti ed anche storicamente più difficili fra le applicazioni tuttora esistenti dell'*in bonis esse.* I germi della loro propria teoria si debbono ricercare fin ne'più remoti tempi nel godimento dell'*ager publicus*, e però è necessario che di là prendiamo le mosse. Una porzione

(40) L. 1. § 3. D. *de superf.* (43. 18.)

(41) L. 39. § 2. D. *de damno inf.* (39. 2.)

(42) Ciò presuppone che egli di poi abbia comprato o in altra guisa acquistato da un non proprietario anche il suolo, ed in questa presupposizione non si trova in contradizione la L. 2. C. *de praescr.* 30. ann. (7. 39.)

(43) Siccome il *non usus servitutum* nel fatto viene riguardato come un' applicazione necessaria dell' usucapione, così non si può dubitare che anche il *non usus superficiei* debba avere lo stesso effetto. V. appresso § 190. n. IV. Ciò è confermato anche da ciò che il dritto Romano in generale favorisce il riacquisto della proprietà, *usu receptio*; Caj. II. 60. 61.

(44) L. 15. D. *qui potior* (20. 4.) L. 17. D. *de pign. act.* (13. 7.) Confr. con L. 54. § 1. L. 56. D. *locati* (19. 2.) Nov. 120. c. 8.

(*) *Niebuhr* Storia Rom. vol. II. p. 146. seg.; *Nothomb* Specimen juris emphyteutici historiam enarrans. Leodii 1826.; *Tigerstrom* sull' antico stato del dritto rispetto all'*ager vectigalis*. Greiffswald 1828. 8.; *Vuy* de orig. et natura jur. emphyteutici Rom. Heidelb. 1838. 8. Il Niebuhr ha qui assolutamente posto la base, ma per compiere il suo edifizio avrebbe dovuto con più precisione entrare a ragionare dello stato di dritto nelle Provincie, e nella posteriore epoca degli Imperadori. Il *Vuy* sotto questo riguardo è andato più innanzi, nondimeno ha rimasto anche molto a fare.

del primitivo *ager publicus* si teneva come bene della corona, ma parte regnando tuttavia i re, e parte poco di poi ebbe un'a stinazione, giacchè una porzione ne fu distribuita, ed un' altra vertita in piazze pubbliche.(1) Un'altra parte dell'*ager publicus* segnata ai Tempi e collegi di sacerdoti pel culto della religione questa non solo si conservò fino ai tempi del cristianesimo, m ancora di tratto in tratto accresciuta. Imperocchè quantunque ta ne fosser tolti dei brani per occorrere ai bisogni della finan Stato (3),pure ripetutamente si facevano delle nuove considere tazioni in fondi (4). Ma gl'imperadori cristiani e segnatamente tiniano I. e Teodosio I. tolsero finalmente ai Tempi ed ai sa tutte le loro possessioni (5), però subentrarono in loro vece se, alle quali, dopochè Costantino ebbe dato loro il dritto di a patrimonio (6),furono comunemente assegnate anche le terre d to. Ma ciò che qui immediatamente ci interessa è solo quell dell'*ager publicus* che era riserbata al tesoro pubblico come s di guadagno, al qual proposito si deve far distinzione tra l'It provincie.

1.° In Italia l'*ager publicus* con l'ampliamento dello stato a poco si estese straordinariamente, giacchè si avea in costum glier sempre ai vinti una parte del loro territorio a vantaggio polo romano (7), e quantunque molta parte di esso fosse suc mente o distribuita ed assegnata gratuitamente come terre (*ager limitatus et assignatus*), o venduta (*ager quaestorius*) (preponderava sempre il continuo incremento. Dopo compiuta l missione dell' Italia la cosa andò a rovescio, imperocchè dop tempo non poterono sorgere nuovi *agri publici* altramente c

(1) Dion. Hal. III. 1. V. 13.; Schol. ad Juvenal. Sat. II. v. 132.

(2) Dion. Hal. II. 7.

(3) Così segnatamente nella guerra sociale le terre dei Sacerdoti e dei tempi fu dute pel Fisco; Orosius V. 18.; Hyginus de limit. ed. Goes. p. 206.

(4) Cic. de nat. Deor. III. 19.; Sueton. in Octav. c. 34. Le ultime dotazio pi pagani fatte con le terre dello Stato furono senza dubbio quelle dell' Impera liano, rivocate di poi da Valentiniano I. L. 3. C. Th. V. 14.

(5) L. 3. C. Th. V. 14. L. 8. C. Th. *de jure fisci* (10. 1.) L. 20. C. Th. *nis* (16. 10.); L. 5. C. *eod.* (1. 11.)

(6) L. 1. C. *de sacros. eccles.* (1. 2.); L. 4. C. Th. *de episc.* (16. 2.); *hofredus* ad h. l.

(7) Dion. Hal. IV. 27. V. 43. 49. 60.; Liv. I. 15.

(8) I Questori procuravano la vendita e da ciò ne venne quel nome. Siculu ed. Goes p. 2.; Frontinus ibid. p. 42.; Hyginus ibid. p. 205.

diante confiscazioni, legati, donazioni e simiglianti acquisti, i quali non pareggiavano l'esito continuo per le assegnazioni e le vendite (9), e però qui sul finire del secondo secolo dopo Cristo ben poco rimaneva delle terre dello stato (10). Pure esse non mancarono mai totalmente, solo non furono più chiamate *agri publici*, (11) ma per rispetto alle varie ripartizioni in cui il patrimonio dello stato fu diviso sotto gl'imperadori, secondo che all'una o all'altra si riferivano, si addimandarono *fundus fiscalis*, *fundus patrimonialis*, *fundus rei dominicae e fundus rei privatae* (12). Or per quel che riguarda l'impiego dell'*ager publicus*, esso nella sostanza fu sempre quel medesimo che noi troviamo tuttora nelle fonti del dritto del tempo imperiale, quantunque con diverse e trasformate denominazioni. Il territorio si dava a godere mediante una prestazione da pagarsi all'erario (13), da prima il godimento si limitava al pascolo, e però la prestazione che si pagava pel pascolo vien detta la più antica rendita dello stato appo i Romani, e tutte le terre dalle quali il tesoro pubblico riscuoteva un entrata conservarono per lungo tempo ne'pubblici catasti il nome di *pascua* (14); più tardi però fu conceduto anche per altri usi (15). Per questa specie di concessione, la quale dipoi che furono creati i censori fu loro affidata (16), e si faceva pubblicamente (17) dopo aver precedentemente recate a notizia le condizioni, *leges locationis* (18), l'espressione tecnica ne'tempi antichi era: *Vendita de'frutti venditio*, ma più tardi fu *Affitto lo-*

(9) Appian. de bello civ. I. 96. 100.; Plutarch. in Sulla c. 31. 33.; Cic. de Off. II. 8. ad Atticum II. 20.

(10) Siculus Flaccus ed. Goes p. 2.; Frontinus ibid. p. 42.; Agenus Urbicus ibid. p. 60.

(11) Ma talvolta s' incontra anche il nome antico p. es. presso Agen. Urbicus l. c. p. 46. 47.; L. 4. C. *de locat. praed. civil.* (11. 70.)

(12) L. 2. § 4. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.). Cod. lib. XI. tit. 58-74.; Cod. Theod V- 13. 14.; Nov. Theod. II. tit. 3. Queste fonti riguardano egualmente l' Italia e le Provincie.

(13) Polyb. VI. 17.; Appian. de bello civ. I. 7.; Plutarch. in Tib. Graccho c. 8.; Tab. Heracleens. lib. 73-76.

(14) Plin. H. N. XVIII. 3. Non vi è alcuna ragione d'intendere col Niebuhr p. 179. che in questo passo si parli di un pascolo, come io stesso ho fatto St. § 3.; Confr. Liv. XXXIX. 29.

(15) Appian. l. c.

(16) La mia St. § 29. Nota 5.

(17) Cic. *de lege agrar.* I. 3. V. appresso § 179. Nota 36.

(18) Appian. l. c.; Tab. Heracl. l. c.

catio (19) ed anche *concessio* (20), e le terre in siffatta guisa conce
dalla prestazione *vectigal* furon chiamate *agri vectigales* (21). Q
talvolta eran concedute a tempo indeterminato, nel qual caso poteva
pre aver luogo la rivoca, quantunque ciò in alcune contrade per s
non avesse avuto effetto (22), talvolta si davano per un tempo d
minato, ordinariamente un *lustrum*, ma talora anche un *saeculum*
La locazione a tempo determinato, che secondo tutte le appare
la forma più recente e che sta in stretta relazione con la durata
censura, soleva farsi per l' intero territorio con una *societas pu*
norum, la quale allora lo affittava di nuovo per parti (24); per co
rio la concessione a tempo indeterminato si faceva immediatame
persone particolari ma solo in porzioni piuttosto grandi per lo
di 50 jugeri, il che escludeva le classi povere dal parteciparvi
Il *vectigal* almeno nelle concessioni dell' ultima specie non si d
minava per via di contratto, ma le condizioni della locazione
minarmente per ogni distretto ne stabilivano la misura, che reg
mente era una quota di frutti *scriptura* (26), la quale però si
pagare in danaro (27). Che se si parla talvolta di un vicendevol
praimporre de' concorrenti (28), ciò si potrebbe riferire alla ca
ne che ogni possessore dell' *ager vectigalis* dovea prestare (29).

(19) Festo « *venditiones* olim dicebantur Censorum locationes, quod velut f
publicorum locorum venibant » Confr. Hyginus ed. Goes p. 205.; Agen. Urbicus
p. 55. L. 29. § 1. D. *de statu lib.* (40. 7.); Caj. III. 145.; § 3. J. *de locat* (3
Niebuhr p. 150. seg. ha assolutamente ragione quando egli protesta contro l' amm
ne di una locazione nel senso ordinario, imperocchè i possessori degli *agri vectiga*
veano molto maggiori dritti che un proprio conduttore (§ 178.); ma nondimeno
può negare che vi era una grande affinità con la locazione, e però fino agli ultim
rimase; l' uso di adoperare per questo rapporto la parola *locatio*.

(20) Cic. *de lege agrar.* III. 2. 3.; Agen. Urbic. p. 68.; Hyginus p. 186.193

(21) Hyginus p. 205.

(22) Cic. de Off. II. 22. *de lege agrar.* II. 21.; Appian. l. c. I. 10.; Florus I

(23) Hyginus l. c.

(24) Festo p. « *Scripturarius ager* ». Confr. Caj. IV. 28.; L. 53. D. *locati* (1

(25) Dion. Hal. VIII. 73.; Hyginus l. c.

(26) Appian. l. c. I. 7.; Festo l. c.; Cic. in Verr. II. c. 70. La prestazione
meno potè talvolta essere una somma determinata di danaro, perchè la Tab. Herac
la chiama *vectigal tributumve*. Ma forse l' antica denominazione *venditio* potè dipe
anche da ciò che davasi danaro in vece di frutti, e questi per conseguenza si comp
no in certo modo dallo Stato.

(27) Solo per eccezione si trova che il pagamento del *vectigal* in frutti naturali
gnatamente in frumento fosse stabilito per convenzione. Liv. XXVII. 3.

(28) Plutarc. l. c.

(29) V. appresso § 210.

dimeno sarebbe anche possibile che la concessione talvolta si comprasse (30), per lo meno è certo che non sempre avveniva gratuitamente (31), e che il poco valore del *vectigal*, il quale assomigliava più ad una contribuzione fondiale che ad un proporzionato compenso, permetteva molto bene di spendere con profitto una somma per la compra. Imperocchè il *vectigal* per regola ascendeva non più che alla settima, ottava, o decima parte de'frutti, ed al più per gli oliveti e per le vigne al doppio decimo cioè alla quinta parte (32). Il perchè il godimento dell'*ager publicus* fu per lunga stagione un soggetto di vive contese tra l'aristocrazia ed il resto de'cittadini, e da ciò principalmente ebbero origine le tante *leges agrariae*, in seguito delle quali de'tratti più o meno importanti dell'*ager publicus* furono o assegnati o venduti a profitto del pubblico tesoro. Da prima tentarono i patrizi con grave scontento de'plebei, di avere essi soli il godimento dell'*ager publicus* e vi pretesero un dritto esclusivo pel pretesto che essi erano gli originarii cittadini (33); del rimanente è verisimile che mediante il *precarium* rilasciassero ai loro clienti (34) delle particelle di territorio, il che può aver contribuito allo svolgimento della teoria del *precarium* (35). Ma dopo la caduta del patriziato vennero nel possesso anche gli altri, tanto comunità, quanto individui (36); pure di nuovo gli ottimati erano quelli che mediante il loro potere e i loro mezzi si procuravano in preferenza il godimento delle terre pubbliche, e per tal modo riunirono nelle loro mani quei *latifundia* così perniciosi per l'Italia (37). Intorno a ciò in generale non è da ammettersi l'idea di

(30) Nei tempi posteriori si trova decisamente una siffatta compra L. 39. C. Th. V. 13. L. 12. C. *de fund patrim.* (11. 61.)

(31) Così nell' anno di R. 552. ai creditori dello Stato per la terza parte dei loro crediti furono assegnate delle terre dall' *ager publicus*, che per questo ebbero il nome di *ager Trientius Tabuliusque*, ma col peso di un *vectigal* per riconoscere quelle terre come proprietà dello Stato; Liv. XXXI. 13.

(32) Appian. l. c.

(33) Dion. Hal. IV. 9. II. VIII. 69. 70. 73. X. 32.; Liv. II. 61. IV. 51. 53. VI. 5. 15. 36. 37.

(34) Festo p. « *Patres* Senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuebant tenuioribus ac liberis propriis. »

(35) Il principio che ci sembra strano, che il precista abbia interdetti possessorii si spiega molto bene quando col *Savigny* Dritto del possesso § 12. e § 42. si ammette che come agli stessi possessori dell' *ager vectigalis* (§ 178.), così pure ai loro clienti veniva attribuita la *possessio*.

(36) Cic. *de lege agrar* II. 31. *ad famil.* VIII. 9.; Agen. Urbicus p. 68.; Hyginus p. 192. 193.; L. 1. C. Th. *de locat fund.* (10. 3.)

(37) Plutarch. l. c.; Plin. H. N. XVIII. 6.

una pura usurpazione. Di quando in quando però bene avveniv un territorio dello stato fosse occupato di privata autorità, o un possessore tenuto a pagare il censo si sottraesse al pagamen *vectigal*, e che questa usurpazione mediante una durata che olt sava la memoria d'uomo conducesse alla proprietà, dalla qual ebbe origine l'*ager occupatorius*, che per contrapposto alle ter segnate ai privati si annoverava nell'*ager arcifinius* (38). Intan cosiffatto possesso senza pagamento era fuor di dubbio ingiusto quatunque in alcune circostanze in luogo di cacciare il posses contentassero meglio di far cessare l'ingiustizia con la susseguen posizione di un *vectigal* (40). Le contese per l'*ager publicus* non rono che con la repubblica (41). Non pertanto continuarono gl'imperadori a vendere ed assegnare il territorio dello stato (42) che si abituarono finalmente gli uomini a riguardare il possesso duto a tempo indeterminato come conceduto per sempre(43), ed sopravennero i nuovi nomi *emphyteusis* e *perpetuum jus* per la c sione, e *perpetuarii* pei possessori (44).

2.° Somiglianti relazioni giuridiche ebbero luogo nelle pro salvochè quì in un certo senso fino a Giustiniano tutto il territor pubblico. Imperocchè sebbene, fatta astrazione dagli stati conf *civitates liberae et regna sub ditione romanorum*, come pure dall nie romane e da' municipi in cui gli abitanti, non altramente ch talia erano pieni proprietari del loro territorio (45), anche quì fo

(38) Siculus Flaccus p. 3.; Hyginus p. 205. l. 45. pr. D. *de usurp.* (41. 3.)

(39) Dion. Hal. VIII. 73. X. 32.; Liv. III. 71. XLII. 1. 19.; *Orelli.* I 3133, 3257-3262.; Tacit. Ann. XIV. 18.; Hyginus p. 210.; Agen. Urbicus

(40) L. 5. § 1. D. *de oper. publ.* (50.10.). Probabilmente a ciò principalmen deva l'espressione *ager concessus*, che Frontino p. 39., Agen. Urbicus p. 68; p. 196. 192. 193. adoperano spezialmente per gli *agri subsecivi*, cioè per quelle ni di terra che rimanevano separate dai fondi nella limitazione, che sempre si fa linea retta, le quali si solevan godere dai possessori dei fondi assegnati, e ciò si mediante la prestazione di un *vectigal*.

(41) Anche Rullo, contro al quale son dirette le orazioni di Cicerone de lege pretendeva una devoluzione dell'*ager publicus* più estesa di quel che per innan fatto.

(42) Così August., Hyginus p. 186. 192., Claudio, Tacit. Ann. XIII. 18., siano, la cui assegnazione fu da Domiziano annullata a benefizio degli antichi p Agen. Urbicus p. 54. 68. 69. Confr. L. 11. pr. D. *de evict.* (21. 2.)

(43) Paolo qui già parla di *locatio in perpetuum* L. 11. § 1. D. *de pu* (39. 4.)

(44) V. § 179.

(45) La mia St. § 25. e 86.

stinto il territorio privato ed il territorio pubblico in senso stretto (46) pure tutto quanto il territorio si riteneva come proprietà dello stato (47) a cui profitto dovea pagarsi un *vectigal* al pubblico tesoro, dal che seguì che tutto il territorio provinciale si chiamò *ager vectigalis* (48), e però qui le così dette terre private si hanno a riguardar parimente come *ager publicus*. Per terre private s'intendeva da principio solo il territorio rilasciato agli antichi abitanti, e questo era l'*ager stipendiarius vel tributarius* (49). Il *vectigal* in alcune contrade fin dal principio consisteva in una stabile imposizione fondiale *stipendium* in altre per contrario principalmente in una quota di frutti *scriptura* per lo più la quinta parte, e quest'uso noi troviamo fino ai tempi di Trajano (50). Ma non andò guari che da per tutto in luogo di quella quota sottentrò una stabile imposizione fondiale (51), la quale però generalmente era maggiore dell'antico *stipendium* e però per distinguerlo da questo si appellò *tributum*, onde venne la distinzione di provinciae *stipendiariae* e *tributariae* (52). Ne' tempi più inoltrati dell'impero questa imposizione sui fondi fu come tutte le altre imposizioni chiamata anche *capitatio* (53), e pel nuovo sistema delle imposte cioè delle *Indizioni* divenne variabile secondo che mutava il bisogno della finanza (54); questo però non avea alcuna influenza diretta sul rapporto

(46) V. i luoghi citati nella Nota 49.

(47) Caj. II. 7. 21. 31.; Theop II. 1. § 40.

(48) Cic. in Verr. II. 3. c. 6.; Agen. Urbicus p. 46.; Hyginus p. 198. Qui è da notare che in Italia dalle terre private non si pagava alcun'imposta (Nota 60.). Del resto il *Niebuhr* p. 178. è inclinato ad ammettere che gl'Imperadori per la prima volta avessero dichiarato le Provincie in tutto proprietà dello Stato. Ma la distinzione di terre private e pubbliche nelle Provincie sotto gli Imperadori durava come prima, ed il possesso delle terre private divenne precisamente sotto gl' Imperadori sempre più sicuro e protetto infino a che Giustiniano da ultimo non l'ebbe elevato a proprietà.

(49) Cic. in Verr. II. 3. c. 6. pro Balbo c. 9. *de prov.* Cons. c. 5.; Hirtius *de bello* Afric. c. 98.; Sueton. in Caesare c. 25.; Caj. l. c.; Frontinus p. 38.; Agen. Urbicus p. 46.; Fragm. Vat. § 61. 259. 283. 285. 289. 293. Per conseguenza le Città Provinciali furono anche come *civitates stipendiariae* contrapposte alle *civitates liberae*. Scholiast. ad Cic. pro Scauro ed. Craver. Kil. 1816. 4. p. 34.

(50) Cic. in Verr. II. 2. c. 70. II. 3. c. 6. II. 4. c. 60.; Hyginus p. 198. Quest' ultimo viveva sotto Trajano.

(51) Caj. II. 21. evidentemente presuppone che questo stato fosse di già mutato. Confr. L. 4. § 2. D. *de censib.* (50. 15.)

(52) Caj. l. c., Theoph l. c.; L. 27. § 1. D. de V. S. (50. 16.)

(53) *Savigny* sul sistema delle imposte dei Romani sotto gl' Imperadori. Berlino 1823. 4. p. 13. seg.

(54) *Savigny* op. cit. p. 31. seg.

giuridico del territorio. Ma alle originarie terre private si venne c
po ad aggiunger molto, essendochè gl'imperadori anche nelle pr
non di rado alienavano delle parti del territorio pubblico (55)
ro soffrivano che fosse occupato come territorio privato una par
l'*ager publicus* (56), quantunque ne avesser fatto stretto diviet
In queste alienazioni per regola il fitto attuale diminuito o
senza diminuirlo si riteneva come un canone stabile, il quale all
neva il luogo delle altre imposizioni fondiali (58); ma talvolta
che garentita una piena immunità, la qual cosa fu per verità
te proibita, ma da Giustiniano fu confermata pel caso che l' im
fosse durata 40 anni (59). Questa è l' origine del territorio
nelle province; ma la differenza giuridica da quello dell' Itali
1.° nel *vectigal* che gravava le terre provinciali comunque so
ma di un imposizione, dal quale i possessori di terre in Itali
veri proprietari erano immuni (60), 2.° nel dritto dello Stato d
re ai provinciali a suo arbitrio le terre in forza del dominio
te (61), e 3.° in quella speciale limitazione del commercio, che
tunque in generale i principii sul possesso e sulla proprietà (6

(55) L. 50. D. *de jure fisci* (49. 14.); L. 17. 30. 34. 38. C. Th. V. 13
Th. *de jure fisci* (10. 1.); L. 9. C. *de omni agro des.* (11. 58.) L. 4. 6. 9
C. *de fund. patrim.* (11. 61.) L. 1. L. 2. L. 3. C. *de fund. rei priv.* (11. 6
C. *de praed. tamiacis* (11. 68.) L. 4. C. *de divers. praed.* (11. 69.)

(56) Tacit. Ann. XIV. 18.; Hyginus p. 210. L. un. C. Th. *de rei vind.*
L. 30. C. Th. V. 13.; L. 7. C. *de omni agro des.* (11. 58.) L. 14. C. *de f*
trim. (11. 61.). Quest' ultimo passo d' ordinario malamente s' intende dell
Confr. L. 5. C. *de div. praed.* (11. 69.)

(57) L. 36. C. Th. V. 13.; L. 15. 16. C. Th. *de jure fisci* (10. 1.) L
rei dom. vel templ. (7. 38.) L. 11. C. *de fund. patrim.* (11. 61.) L. 2. C.
rei dom. (11. 66.)

(58) L. 17. L. 34. C. Th. V. 13.; L. 7. L. 9. C. *de omni agro des.* (1
4. 9. 10. 14. C. *de fund. patrim.* (11. 61.) L. 2. C. *de fund. rei. priv.* (11.

(59) L. 13. L. 14. in fine C. *de fund. patr.* (11. 61.) L. 7. C. *de fund*
(11. 65.)

(60) Simplicius p. 76. Finchè fu in uso il *census*, il vantaggio per verità s
tosto solo nell' idea che il Cittadino pagasse l' imposta pei bisogni dello Sta
dal suo patrimonio comprendendovi in esso anche le sue terre, ma che per con
dovesse pagare allo Stato per la licenza che questo gli concedeva di aver le sue
quando il *census* fu abolito dopo la guerra di Macedonia, Plutarch. Aemili
38.; Cic. de Off. II. 22.; Plin. H. N. XXXIII. 3., l' esenzione delle terre
liche divenne importante, giacchè essa a quel tempo conteneva un vero favore.

(61) Un esempio se ne trova ancora presso Paolo nella L. 11. pr. D. *de ev*
Confr. anche L. 15. L. 17. C. Th. V. 13.; L. 8. C. *de fund. patr.* (11. 61

(62) V. § 173.

fino l'espressione *proprietas e plenum dominium* si applicassero anche alle terre provinciali (63), pure erano per rapporto ad esse esclusi i modi di acquisto propriamente Romani, come l'usucapione, la mancipazione e l' *in jure cessio* (64). Intanto la prima differenza perdè la sua importanza, in parte, per l'introduzione delle somministrazioni in natura nella massima parte d'Italia, la *regio annonaria* (65), ed in tutto, allorchè Massimiano e Diocleziano assoggettarono l'Italia ad una imposta *tributum* simile a quella delle provincie (66). Pare che una ripresa arbitraria delle terre provinciali più tardi fu anche generalmente riguardata come una violazione di dritto; almeno fu più volte dichiarata l'irrevocabilità delle terre alienate da parte del fisco (67). Più lungamente si mantenne la terza differenza che Giustiniano fu il primo a togliere concedendo anche ai provinciali la piena proprietà sulle loro terre private (68). Fra le terre pubbliche nelle province, le quali non altrimente che in Italia si chiamavano principalmente *agri vectigales*, e negli ultimi tempi furon dette *fundus fiscalis*, *fundus patrimonialis*, *fundus rei privatae e fundus rei dominicae*, al che appartenevano anche i *praedia tamiaca*, molte per avventura erano già appartenute al demanio pubblico degli stati conquistati, ma alcune ne furono anche tolte agli abitanti (69).

(63) Fragm. Vat. § 283.; L. un. C. Th. *de rei vind.* (2. 23.) L. 15. C. Th. V. 13. L. 1. L. 4. C. Th. V. 14.; L. 1. C. *de fund. rei priv.* (11. 65.) L. 4. C. *de div. praed.* (11. 69.)

(64) Caj. II. 31. 46.; Ulp. XIX. 1.; Simplicius p. 76.; L. un. C. *de usuc. transf.* (7. 31.)

(65) Trebell. Poll. in XXX. Tyrann. c. 24.; *Salmasius* ad h. l.; *Jac. Gothofredus* ad L. 9. C. Th. *de Annona* (11. 1.)

(66) Aurel. Victor de Caesar. c. 39. È notevole che le colonie e i municipii nelle Provincie pare che sieno sfuggiti a questa estensione, imperocchè nel tit. D. *de censib.* (50. 15.) l'esenzione dalle imposte vien sempre indicata come un elemento sostanziale del loro *jus Italicum*, e quindi valeva ancora sotto Giustiniano.

(67) L. un. C. Th. *de rei vind.* (2. 23.) L. 17. L. 30. C. Th. V. 13.; L. 1. L. 2. C. Th. V. 14. L. 2. C. Th. *de jure fisci* (10. 1.) L. 2. C. *ne fisc. rem quam vend. evincat* (10. 5.) L. 7. L. 17. C. *de omni agro des.* (11. 58.) L. 6. L. 9. C. *de fund. patrim.* (11. 61.) L. 5. C. *de locat. praed. civ.* (11. 70) L. 1. C. *de fund. rei priv.* (11. 65) L. 4. C. *de div. praed.* (11. 69.). Nondimeno s'incontravano delle eccezioni, in cui per pretese ragioni di Stato si revocava l'alienazione L. 8. C. *de fund. patr.* (11. 61.); L. 15. L. 17. C. Th. V. 13.

(68) L. un. C. *de usuc. transf.* (7. 31.). Secondo il *Tigerstrom* op. cit. p. 24. Costantino avea già espresso la medesima cosa nella L. 1. C. *de fund. rei priv.* (11. 65.); ma questo passo parla soltanto delle terre alienate dallo Stato, e non già delle terre private in generale.

(69) Cic. in Verr. II. 3. c. 6. II. 4. c. 50. II. 5. c. 21. *de lege agrar.* I. 2. II. 18. 19.; Liv. XXXVIII. 48.; Tacit. Ann. XIV. 18.

Queste terre da prima furono sempre date in locazione per un
di anni determinato alle *societates publicanorum*, nel che si pr
va che queste le rilasciassero di nuovo agli antichi abitanti a giu
dizioni (70), e la locazione temporanea qui non andò mai pier
in disuso (71). Ma sotto gl' imperadori divenne sempre più reg
stante il dare le terre per sempre a locazione ereditaria, cosi
ultimo quasi tutte le porzioni del territorio pubblico nelle pro
trovarono in questa condizione (72), e da ciò venne allorà l'appl
delle espressioni *emphyteusis*, *perpetuum jus*, e *perpetuarii* a
territorii ed ai loro possessori (73). Di rado s' incontra un'amm
zione diretta del territorio pubblico per conto del fisco (74), se
si voglia rapportare a ciò il fatto che le guarnigioni negli stab
de' confini ordinariamente ritenevano un certo spazio di terra
ficare (75). S' intende bene di per se che l' estensione della
tà fatta da Giustiniano alle terre provinciali (76) non riguardò
torio pubblico.

Teoria dell' *ager vectigalis*.

Nella moltitudine ed importanza degli *agri vectigales* era ind
bile una teorica determinata sopra i rapporti giuridici de'loro p
ri, e quindi non vi è dubbio che ben presto si formò. Di quest
alcune cose appartenevano all'editto pretorio (1), alcune altre s
vano sulle *leges censoriae*, le quali spesso sono allegate come fo
che si vegga con sicurezza se per esse si debbano intendere
permanenti de' censori ovvero le condizioni della concessione, *l*
tionis da loro pubblicate (2), ma la massima parte però dovè
dalla consuetudine. Non è possibile di seguire in tutt'i particol

(70) Cic. l. c.

(71) L. 3. § 6. L. 59. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 4. L. 5. C. *de locat.*
(11. 70.) L. 3. C. *de fund. rei priv.* (11. 65.) L. 5. L. 8. C. *de fund. pat*
L. 3. C. *de fund. rei priv.* (11. 65.)

(72) Numerosi passi nei titoli citati Nota 12. ne fanno fede.

(73) V. § 179.

(74) Veggasi nondimeno L. 1. C. *de pascuis publicis* (11. 60.)

(75) L. 2, L. 3. C. *de fund. limitrophis* (11. 59.) L. 8. C. *de fund. patr*

(76) V. Nota 68.

(1) V. Nota 9.

(2) Cic. in Verr. II. 3. c. 7. II. 5. c. 21. *de prov. Cons.* c. 5. *de nat.*
19.; Plin. H. N. VIII. 57.; Fragm. *de jure fisci* § 18. Confr. Tab. Heracl.
L. 1. D. *de superfic.* (43. 18.)

mazione successiva e graduale di questa teoria, ma al contrario nella sua forma già compiuta come s' incontra principalmente ne' giureconsulti classici essa può con sufficiente precisione ed esattezza essere indicata(3). In generale valevano gli stessi principi, sia che gli *agri vectigales* fossero conceduti a tempo determinato o a tempo indeterminato(4) sia che fossero in Italia o nelle province, e lo stesso territorio privato nelle province faceva eccezione solo in quanto non poteva avere applicazione tutto ciò che era conseguenza della locazione, il perchè rapporto ad esso cessavano parecchie limitazioni, ed anche alcuni dritti. Le denominazioni che erano in uso pei possessori degli *agri vectigales* e pel loro rapporto giuridico erano *possessores e possessio* (5). Quì si avea un vero possesso civile (6) il quale però non poteva esser di fondamento alla usucapione (7), ma solo agl'interdetti possessori (8), ed anche ad un particolare interdetto *de loco publico fruendo* nello scopo di far cessare le molestie (9). Ma i concessionari non solamente furono riguardati come possessori, ma anche quasi come proprietari (10). Allorchè le condizioni della locazione non aveano imposto alcuna limitazione, essi aveano un ampio dritto di godimento, il quale viene assomigliato all'usufrutto (11), ma nondimeno comprendeva dritti molto maggiori, giacchè essi acquistavano i frutti per la semplice separazione (12), e non eran tenuti, come gli usufruttuari (13) a non fare alcuna mutazione essenziale (14); essi inoltre

(3) Qui è permesso di valerci anche dei passi che trattano degli *agri vectigales municipum*, giacchè questi non erano che un' imitazione dei proprii *agri vectigales*.

(4) L. 1. § 1. L. 2. L. 3. D. *si ager. vect.* (6. 3.) L. 3. C. *de fund. rei priv.* (11.65.)

(5) Cic. *de lege agrar.* III. 3. de Off. II. 22.; Liv. II. 61. IV. 36. 51. 53. VI. 5. 15. 25.; Epit. Livii LVIII.; Festo p. *possessio possessiones*; Caj. II. 7. L. 11. pr. D. *de evict.* (21. 2.); Florus III. 13.; Orosius V. 18.; Theoph. II. 1. § 40.; L. 14. 15. 20. 39. C. Th. V. 13.

(6) L. 15. § 1. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.) L. 31. D. *de pignor.* (20.1.)

(7) Agen. Urbicus p. 69.; L. 15. § 26. D. *de damno inf.* (39. 2.)

(8) Cic. *de lege agrar.* III. 3.; Fragm. Vat. § 293.; Simplicius p. 76.; Festo p. *Possessio*. Confr. *Niebuhr* op. cit. p. 169. Del rimanente non posso credere che gl' interdetti possessorii fossero occasionati in prima dal possesso dell' *Ager Publicus*, come è inclinato a credere il Savigny, Dritto del possesso § 12.

(9) L. un. D. *de loco publico fruendo* (43. 9.). Egualmente che l' *interdictum de superficiebus* quest' interdetto sta evidentemente in connessione con ciò che l' *interdictum uti possidetis* da principio non riguardò le turbative, ma soltanto la contesa sul possesso.

(10) L. 3. § 1. D. *de public.* (39. 4.) Confr. § 177. Nota 63.

(11) Caj. II. 7.; Theoph II. 1. § 40.; Tab. Heracl. l. c.

(12) L. 25. § 1. D. *de usur.* (22. 1.)

(13) V. appresso § 182.

(14) Cic. de Off. II. 22.; L. 30. C. Th. V. 13.

trasmettevano il loro dritto ai loro eredi (15), e potevano ali
lor talento, o disporne in un testamento per via di legati (16),
non smembrassero il fondo, il che anche nella divisione tra i c
sessori non era permesso (17). Ancora potevano ipotecare il lo
to (18), ed imporvi delle servitù per tutta la durata del medesi
Finalmente aveano una *utilis rei vindicatio* detta *actio vectiga*
come pure *actio Publiciana* (21), ed in generale tutte le azio
tanti ad un proprietario (22), dal che segue naturalmente che
exceptio longi temporis qui dovea avere la sua applicazione (2
Settimio Severo si aggiunse ancora che i possessori degli *agri*
les egualmente che i propri conduttori, pei danni fortuiti potes
tenere una remissione (24), e che i conduttori temporanei di te
stato, quando queste dal medesimo fosser vendute non potesse
cacciati dal compratore se non dopo finita la raccolta (25). Si co
però che i possessori doveano provvedere alla conservazione d

(15) Theoph l. c.; L. 219. D. de V. S. (50. 16.); L. 30. L. 39. C. Th.
quando il *Niebuhr* op. cit. p. 174. ammette che la *bonorum possessio* sia stat
per gli *agri vectigales*, questo è assolutamente una mostruosità non minore de
di Einecio da lui criticata. Quì non era necessario una successione speciale, e
ge che questa in nessuna parte viene indicata.

(16) Pr. J. *quib. al. licet vel non* (2. 8.) L. 1. pr. D. *si ager. vect.* (6
pr. D. *de cond. tritic:* (13. 3.) L. 11. pr. L. 66. pr. D. *de evict.* (21. 2.)
5. 6. D. *de legat.* I. (30.) L. 15. § 26. 27. D. *de damno inf.* (39. 2.) L. 2
V. S. (50. 16.) L. 13. C. *de praed. min.* (5. 71.)

(17) L. 7. pr. D. *comm. div.* (10. 3.). Ciò senza dubbio non si estendev
private nelle Provincie.

(18) L. 16. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 31. D. *de pign.* (20. 1.)

(19) Cai. II. 31.; L. 1. pr. D. *quib. mod. usufr.* (7. 4.); Fragm. Vat. 6
de servit. (3. 34.)

(20) L. 1. § 1. L. 2. L. 3. D. *si ager vect.* (6, 3.) L. 66. pr. D. *de ev*
L. 15. § 26. D. *de damno inf.* (39. 2.); Simplicius p. 76.

(21) L. 12. § 2. D. *de Publ. act.* (6. 2.) L. 66. pr. D. *de evict.* (21. 2.

(22) L. 16. D. *de servit.* (8. 1.) L. 4. § 9. D. *fin. reg.* (10. 1.) L. 10. D
(10. 2.) L. 7. pr. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 3. pr. D. *de op. nov. nunt.* (
23. § 1. D. *de aqua pluv.* (39. 3.) L. un. § 7. D. *ut in flum. publ.* (43.
§ 2. 3. D. *arb. furt. caes.* (47. 4.); Paulus lib. XXIII. ad Edictum
antejust. p. 1546. seg.

(23) L. 12. § 2. D. *de Publ. act.* (6. 2.) Confr. con L. 8. pr. C. *de p*
ann. (7. 39.)

(24) L. 15. § 4. D. *locati* (19. 2.) (Basilic. lib. XX. tit. 1. lex 15.)
13. D. *de adm. rer. ad civ. pert.* (50. 8.) Confr. L. 1. C. *de jure emphyt.*
la immutò.

(25) L. 50. D. *de jure fisci.* (49. 14.)

sopportare tutti gli altri pesi (26). I compossessori erano tenuti solidalmente al pagamento del *vectigal* (27). In caso di legato gli eredi (28), ed in caso di altre alienazioni i nuovi possessori erano obbligati a pagare gli arretrati (29). Se non si poteva ottenere il pagamento poteva incontanente aver luogo la devoluzione (30). In altro caso 1) la locazione a tempo determinato si estingueva solo pel decorso del tempo stabilito, o per l'alienazione da parte dello stato (31). L'abuso introdotto di costringere i conduttori dopo finita la locazione a continuarla, quando non vi era alcuno che volesse pagare altrettanto, fu tolto via da Adriano (32), e Teodosio per contrario diè loro anche un dritto di preferenza su gli altri che in caso di riconduzione offrissero una somma eguale (33). 2) La locazione a tempo indeterminato potea per verità sempre farsi cessare per parte dello stato (34), ma vi si richiedeva una legge (35) e sotto gl'imperadori un rescritto imperiale (36), e nel caso che avesse avuto luogo a titolo oneroso, si richiedeva pure la restituzione del prezzo (37). Ma i principi svolti finora furono per due lati applicati per analogia 1.° Agli *agri vectigales municipum*, de' quali sono a distinguersi due spezie: a) Parecchi municipi aveano anche ricevuto delle parti di *ager publicus* col peso della prestazione di un *vectigal* (38), e questi *agri vectigales* senza

(26) L. 15. § 26. 27. D. *de damno inf.* (39. 2.); Cic. de Off. II. 22.; L. 30. C. Th. V. 13. Non si oppone la L. un. § 3. D. *de via publ.* (43. 10.)

(27) L. 5. pr. D. *de censib.* (50. 15.)

(28) L. 39. § 5. D. *de legat.* I. (30.)

(29) L. 36. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 7. pr. D. *de publ.* (39. 4.)

(30) L. 10. § 1. D. *eod.* L. 1. pr. L. 3. D. *si ager. vect.* (6. 3.). Nondimeno per le terre private qui non si usava la ripresa ma la vendita della terra per soddisfare le imposte, ed al debitore si spettava l'avanzo.

(31) L. 50. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(32) L. 3. § 6. D. *eod.* Confr. L. 9. § 1. D. *de publican.* (39. 4.)

(33) L. 4. L. 5. in fine C. *de locat. praed. civ.* (11. 70.)

(34) V. § 177. Nota 22.

(35) Ogni volta che nella Repubblica Romana s'incontra la confisca e ripresa degli *agri publici*, essa avviene sempre mediante una *lex agraria*, quando non si tratti semplicemente di un possesso usurpato, come presso Liv. XLII. 19.; *Orelli* Inscr. n. 3133.

(36) L. 11. § 1. D. *de publican.* (39. 4.) L. 11. pr. D. *de evict.* (21. 2.)

(37) Liv. XXXI. 13.

(38) Agen. Urbicus p. 68.; Hyginus p. 193. 205.; L. 1. L. 5. C. Th. de *locat. fund.* (10. 3.); L. 5. C. *de div. praed.* (11. 69.) Se *gli agri vectigales* menzionati presso Cic. ad famil. XIII. 7. 11., che le Città Italiane possedevano nella Gallia fossero *agri vectigales* di questa specie, ovvero terre private, che le Città avessero prese in affitto mediante la prestazione di un *vectigal*, non si potrebbe con sicurezza affermare.

dubbio non differivano in nulla da quelli che gli altri possedevan
i municipi nella stessa guisa che lo stato solevano anche conc
godimento le loro terre mediante un *vectigal*. Quando ciò si facev
po determinato, la concessione riguardavasi come un ordinaria lo
temporanea tra persone private (39), ma la cosa era ben altrimente
non vi si era apposta alcuna limitazione di tempo. In questo c
si disputò da principio se in ciò non si dovesse riconoscere u
alienazione della proprietà, intanto la giurisprudenza inclinò a
scervi solo una locazione perpetua (40), e questo ebbe per con
za che vi si estese la teorica dell'*ager vectigalis* dello Stato,
queste terre municipali furon dette parimente *agri vectigales*
pum (41). Pure vi rimase la differenza che i municipi fino a ch
ctigal era esattamente pagato non potevano ripigliare le loro te
e quindi il *vectigal* non poteva essere accresciuto (43), e che l'u
ne de' fondi era possibile (44). 2.° Alle enfiteusi stabilite da' pr
quali possono in certa guisa esser riguardate come una contin
dell'estensione cominciata per rapporto alle terre pubbliche d
cipi (45).

Enfiteusi.

Quando gli uomini si furono una volta abituati per gli *agri*
les de' municipi all' idea di una *locatio in perpetuum*, comincia
che gl' imperadori a fare somiglianti locazioni, ed a conceder
dello stato non solo a tempo indeterminato, ma anche espres
in perpetuo, ed in seguito di ciò si formò nel linguaggio il nu
di chiamare il rapporto giuridico che ne proveniva *perpetuu*

(39) L. 1. pr. D. *si ager. vect.* (6. 3.) L. 3. § 1. D. *de adm. rer.* (50. 8
passi ci mostrano che la L. 3. D. *si ager vect.* non può essere intesa che de
ctigales dello Stato.

(40) Caj. III. 145. Conf. § 3. J. *de locat.* (3. 24.)

(41) Caj. l. c.; L. 1. § 1. L. 2. D. *si ager. vect.* (6. 3.) L. 71. § 5. 6. D
I. (30.) L. 15. § 27. D. *de damno inf.* (39. 2.) L. un. § 7. D. *ut in flum.*
L. 2. § 12. 13. L. 3. § 1. D. *de adm. rer.* (50. 8.) L. 219. D. de V. S.
Plin. Epist. VII. 18. Anche una Città avea talvolta siffatti *agri vectigales*
Orelli Inscr. n. 3121.

(42) Caj. l. c.; L. 1. L. 2. D. *si ager. vect.* (6. 3.) L. 2. C. *de locat.* p
(11. 70.)

(43) L. 1-4. C. *vectigal. nova instit. non posse* (4. 62.)

(44) V. sopra § 169. Nota 37.

(45) V. § 179.

emphyteusis, ed i possessori delle terre *perpetuarii o emphyteutae* (1). Come si può inferire dalla parola φυτεύειν (piantare, coltivare) da prima erano a questo modo concedute solo le terre incolte per metterle a coltura. Ed ancora per questa ragione ne' primi secoli del tempo imperiale la locazione a tempo determinato continuò ad esser la regola nelle province, ond'è venuto che nelle pandette ben di rado e solo ne' frammenti di Paolo e di Ulpiano per la prima volta si trova fatta menzione di una *locatio agri publici in perpetuum* e dell'enfiteusi (2). Molto più comuni però queste divennero dopo le orribili devastazioni nel terzo secolo, in cui si cercò in tutti i modi di eccitare alla coltura delle deserte campagne (3), ed i possessori che tuttora rimanevano furono nel vero senso della parola sforzati a prendere le terre deserte dello stato (4), anzi furon lasciate come in proprietà privata a coloro che senza permesso le aveano nuovamente messe a coltura (5). Da prima sembra che in ispezialtà i fondi patrimoniali furon trasmutati in enfiteusi (6), quantunque non tutti (7); ma bentosto avvenne lo stesso dei *fundi rei dominicae e rei privatae* (8). Nel rapporto giuridico non vi fu niuna differenza tra le enfiteusi e gli altri fondi *vectigales* (9), cosicchè si potrebbe a buon dritto riguardar queste due nozioni come perfettamente eguali (10), e adoperare convenevolmente le espressioni *emphyteusis*, *jus perpetuum*,

(1) Nella L. 17. C. Th. V. 13. assai straordinariamente il dritto sulle terre private si vede anche una volta denominato *jus perpetuum*.

(2) Io non conosco che due soli passi relativi a ciò L. 11. § 1. D. *de publican*. (39. 4.) e L. 3. § 4. *de reb. eor. qui sub tut.* (27. 9.); ma non vi è ragione per credere che la menzione dell' enfiteusi in quest' ultimo passo sia inesatta.

(3) Veggasi in ispezialtà Cod. Th. V. 13-15. e tit. Cod. *de omni agro des.* (11. 58.). La più parte delle costituzioni qui sono del principio del 4. secolo.

(4) L. 5. 6. 7. 9. 10. C. *de omni agro des.* (11. 58.)

(5) L. 30. C. Th. V. 13.; L. 7. C. *de omni agro des.* (11. 58.)

(6) Di già Diocleziano e Costantino parlano del *fundus patrimonialis sive emphyteuticus* come se la qualità enfiteutica qui s' intendesse da sè L. 13. C. *de praed. min.* (5. 71.) L. 2. C. *de omni agro des.* (11. 58.)

(7) Una parte dei fondi patrimoniali era data tuttavia a locazione temporanea, e per conseguenza si poteva ancora parlare di fondi patrimoniali come per contrapposto all' enfiteusi L. 4.5.8. C. *de fund. patr.* (11. 61.) L. 4. C. *de collat fund.* (11. 64.)

(8) L. 1. L. 5. C. *de locat. praed. civ.* (11. 70.); L. 4. L. 6. C. Th. V 14. Del rimanente dalla L. 39. C. Th. V. 13.; L. 12. D. *de fund. patr.* (11. 61.) si vede che l' enfiteusi non si costituiva sempre gratuitamente, potendosi richiedere un prezzo di compra.

(9) Se per le terre incolte date in enfiteusi si solevano concedere alcune annate franche, L. 14. C. Th. V. 13. L. 2. C. Th. V. 13. 15. V. 15. L. 3. C. *de omni agro des.* (11. 58.), ciò naturalmente non costituiva alcuna permanente differenza.

(10) Rubr. D. *si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur* (6.3.)

e perpetuarius anche per gli *agri vectigales* delle città (11). È
mile che i fondi *vectigales* conceduti a tempo indeterminato foss
Italia parimente posti nel numero delle enfiteusi, il che tanto pi
sto potè avvenire in quanto che non era oramai più facile un'arb
rivocazione de' medesimi, e d'altra parte da principio anche le e
si non si ritenevano assolutamente come irrevocabili. Paolo ritie
tavia come un dritto dell' Imperadore il poter far cessare la *loc
perpetuum* (12), e vi fu mestieri di replicate rinunzie degl' imp
alla rivocazione (13), prima che si stabilisse il principio che il *j
petuum* fosse effettivamente un dritto perpetuo assicurato per s
Fino al quarto secolo non vi furono altre enfiteusi che quelle del
to e delle città. Ora però cominciarono le chiese (14), e di poi an
altri proprietari a dare del pari le loro terre in enfiteusi, di tal
enfiteusi cessano di essere una semplice specie degli *agri vectig*
perchè si rinnova la disputa sorta già innanzi a riguardo degli *a
ctigales de' municipi*, se sia da riconoscersi come una semplice l
ne, o piuttosto come un' alienazione della proprietà, imperocch
può capir nel pensiero che i privati possano come lo stato rilasc
perpetuo ad altri il godimento delle loro terre, e ritenerne tutt
proprietà. In tanto non può dubitarsi che siffatta contesa avea
quasi solo in teoria, e che la pratica applicava anche alle enfiteu
vate i principi dei fondi *vectigales* (15), la qual cosa l' imperado
none confermò col dichiarare che il contratto enfiteutico *cont
emphyteuticarius* fosse un contratto di propria natura, il quale
dovesse riguardare nè come un'ordinaria locazione, nè come un
smissione della proprietà (16). A questo sopravvenne ancora un

(11) L. 2. C. *ne rei dom. vel templ.* (7. 38.) L. 7. C. *de fund. patr.* (11.
3. C. *de fund. rei priv.* (11. 65.) L. 3. C. *de locat. praed. civ.* (11. 70.) L.
Th. V. 13.; tit. C. Th. *de locat. fund. jur. emphyt. er rei publicae et templ.* (

(12) L. 11. § 1. D. *de publican.* (39. 4.)

(13) L. 17. C. *de omni agro des.* (11. 58.) L. 3 L. 4. C. *de fund. patr.* (11
L. 16. C. Th. V. 13. L. 3. C. Th. *de locat. fund.* (10. 3.)

(14) La L. 4. C. Th. *de locat. fund.* L. 10. 3. dell'anno 383. e L. 2. C. *ne r
vel templ.* (7. 38.) del 387. potrebbe contenere la più antica menzione che si sap
l' enfiteusi ecclesiastica.

(15) Di già nella L. 2. C. cit. le enfiteusi ecclesiastiche son messe nella stess
con quelle dello Stato e dei Comuni.

(16) L. 1. C. *de jure emphyteut.* (4. 66.) Confr. con L. 2. C. *eod.* e § 3. J.
cat. (3. 24.) Siccome Zenone non trova necessario d' indicare e regolare più part
mente la natura del contratto enfiteutico, così evidentemente ciò presuppone che e
che introdurre alcuna novità voleva soltanto sanzionare la teorica già ricevuta del

titudine di costituzioni imperiali sulla enfiteusi, e segnatamente di Giustiniano, nelle quali furono stabilite molte regole e determinazioni ad essa particolari, e da queste ne provenne come ultimo risultato la seguente teoria. 1.° Il possessore *emphyteuta*, *perpetuarius*, *possessor* non è proprietario del fondo (17), quantunque talvolta sia anche nominato *dominus* (18), e per conseguenza non può trasferire la proprietà (19), ma il suo dritto è inerente al fondo (20), come *jus in re* e produce per rapporto al possesso, al godimento, alla trasmissione ereditaria, alla alienazione, ed al modo di farli valere (21) tutti i dritti e le azioni spettanti ai possessori degli *agri vectigales* (22). 2.° Se sul fondo si trovano de' coloni, questi rimangono nel loro rapporto attuale (23), del pari seguono il fondo gli schiavi ad esso addetti (24), anzi Teodosio II. permise all'enfiteuta di metterli in libertà (25), il che prima non poteva (26). 3.° Per contrario l'enfiteuta è obbligato di pagare (27) annualmente al padrone del fondo almeno in tre termini (28) la prestazione imposta *vectigal*, *reditus*, *pensio*, *canon* (29), la quale non può essere accresciuta dal proprietario (30) ma del pari, dopo Zenone, non può essere diminuita per avvenimenti infelici (31), e per questo pagamento nelle enfiteusi ecclesiastiche il patrimonio dell'enfiteuta è obbli-

teusi, ed il rapporto degli *agri vectigales* ad essa applicato non era certamente nè ordinaria locazione nè alienazione della proprietà.

(17) L. 3. § 4. D. *de reb. eor. qui sub tut.* (27. 9.) L. 1. C. *de jure emphyt.* (4. 66) L. 2. C. *de mancip. et col. patrim.* (11. 62.)

(18) L. 18. C. Th. V. 13.; L. 4. C. Th. V. 14.; L. 2. L. 12. C. *de fund. patrim.* (11. 61.) L. 2. C. *de fund. rei priv.* (11. 65.)

(19) L. 2. D. *ne rei dom. vel templ.* (7. 38.)

(20) Ciò segue in parte dalla durata perpetua ed in parte da ciò che Giustiniano annovera tra le alienazioni lo stabilimento di un enfiteusi nel medesimo senso che lo stabilimento di una servitù, e l'oppignorazione L. 7. C. *de reb. al. non alien.* (4. 51.)

(21) V. sopra § 178. Nota 6-23.

(22) V. Nota 9. 14. 15. Confr. anche L. 1. D. *de fund. patrim.* (11. 61.)

(23) L. 1. L. 3. C. *de mancip. et colon. patrim.* (11. 62.)

(24) V. § 119. Nota 6.

(25) L. 12. C. *de fund. patrim.* (11. 61.)

(26) L. 2. C. *de mancip. et colon. patrim.* (11. 62.)

(27) L. 2. C. *de jure emphyt.* (4. 66.)

(28) L. 4. C. *de collat. fund.* (11. 64.); L. 3. C. Th. *eod.* (11. 19.) L. 20. C. Th. V. 13.

(29) L'espressione *canon* in quest'applicazione potrebbe trovarsi per la prima volta nella L. 5. C. *eod.* di Arcadio. Prima *vectigal* era l'indicazione che sempre si adoperava L. 14. L. 15. C. Th. V. 13.

(30) L. 1. C. *de jure emphyt.* (4. 66.) L. 3. C. *de alluvion.* (7. 41.)

(31) L. 1. C. cit. § 3. J. *de locat.* (3. 24.)

gato come pegno (32). È parimente obbligato a sostener tutte le
se di manutenzione, tutte le imposte ed altri pesi che possono gra
il fondo, ed a consegnare al proprietario le quietanze delle impost
gate (33); in caso di vendita è tenuto fra due mesi a darne noti
proprietario, giacchè Giustiniano concedè a costui il dritto di p
zione (34); finalmente come nuovo possessore, quando sia venut
possesso non a titolo di successione ereditaria, ma a titolo di suc
sione singolare, è tenuto di pagare al proprietario la cinquante
parte del prezzo di compra o del valore di stima *laudemium*, il che
rimente fu stabilito da Giustiniano (35). 4.° Nondimeno queste re
sono applicabili quando non si sia altramente convenuto, impero
per la convenzione possono accrescersi così i dritti, come le obbl
zioni (36). 5.° L'enfiteusi può costituirsi solo mediante un contr
contractus emphyteuticarius, il quale però pei fondi pubblici ed ec
siastici debb' esser preceduto da una licitazione, ed esteso per is
to (37), e quando sia stata costituita da chi non era proprietario
divenir valida sol con la *longi temporis possessio* (38). 6.° Non
arbitrariamente sciogliersi nè dall'enfiteuta, nè dal proprietario (
non pertanto ci ha tre cause di devoluzione, le quali danno al pro
tario il dritto di rivocar l'enfiteusi: a) quando il canone non è
gato (40), ma secondo la disposizione di Giustiniano, solamente q
do l'enfiteuta si trova in arretrato pel pagamento così delle in
ste come del canone per due anni nelle enfiteusi ecclesiastiche, e
tre anni nelle altre (41), b) quando l'enfiteusi si è venduta senza pr
dente avviso al proprietario (42), e c) quando l'enfiteuta ha deterio

(32) Nov. 7. c. 3. § 2.

(33) L. 2. C. cit. L. 1-3. D. *de collat. fund.* (11. 64.) L. 1-4. C. Th. *eod.* (11.

(34) L. 3. D. *de jure emphyt.* (4. 66.). Nondimeno le opinioni erano incerte se
fiteuta che usciva o quegli che entrava fosse tenuto al pagamento del *laudemium*
Thibaut Sistem. 8. Ed. 1779. Gluck vol. VIII. p. 478.

(35) L. 3. C. cit.

(36) L. 1. 3. C. *eod.*

(37) L. 3. C. *de locat. praed.* (11. 70.); L. 8. C. Th. V. 13.; Nov. 120. c. 6.
la tradizione non è più necessaria che nella *superficies*, come punto di cominciamen
condizione dell'acquisto. Non si oppone la L. 32. L. 33. C. Th. V. 13.

(38) L. 12. § 2. D. *de publ. act.* (6. 2.) L. 8. pr. D. *de praescr.* 30. ann. (7.

(39) L. 3. C. *de fund. patrim.* (11. 61.); L. 32. C. Th. V. 13.; Nov. 120. c
Non si oppone la L. 5. C. *eod.*

(40) L. 2. D. *si ager. vectig.* (6. 3.) L. 2. C. *de fund. rei priv.* (11. 65.)

(41) L. 2. C. *de jure emphyt.* (4. 66.) Nov. 7. c. 3. § 2, Nov. 120. c. 8.

(42) L. 3. C. *eod.*

te grandemente il fondo (43). Oltre a ciò si estingue l'enfiteusi anche per la perdita totale del fondo (44),pel sopravvenire di una condizione risolutiva o di un termine,le quali cose veramente ripugnavano alla originaria nozione dell'enfiteusi, ma una volta che il contenuto del dritto enfiteutico fu fermato,poterono bene essere ammesse da Giustiniano senza distruggere la sua natura (45); ed in fine si estingue mediante la confusione, quando la proprietà ed il dritto enfiteutico si riuniscono in una medesima persona (46),nel che hanno parimente applicazione i principii esposti per la *superficies*. Non giova all' enfiteuta che egli di propria autorità abbia operato da proprietario, per quanto lungo sia il tempo ch'egli non abbia pagato il canone (47). Giustiniano avea stabilito che le enfiteusi ecclesiastiche si potessero ereditar sol due volte, e che dopo la morte del terzo possessore dovesser ritornare alle chiese (48),ma questa disposizione più tardi fu rivocata (49), ed al contrario sussiste tuttora una innovazione dal medesimo introdotta, cioè che anche i semplici edifizi possono esser dati in enfiteusi (50).

CAPITOLO IV.

DELLE SERVITU' (*).

I. NOZIONE E NATURA GIURIDICA.

§ 180. Tutti i *jura in re* hanno ciò di comune che una cosa serve ad alcuno che non ne è proprietario, il perchè tutti insieme convenevolmente potrebbero esser chiamati *servitutes*. Effettivamente questo

(43) Nov. 120. c. 8.
(44) L. 1. C. *eod.*
(45) Nov. 7. c. 3. Nov. 120. c. 6.
(46) V. sopra § 176. Nota 43.
(47) L. 7. § 6. C. *de praescr.* 30. ann. (7. 39.). Non si oppone la L. 14. C. *de fund. patrim.* (11. 61.), la quale non parla di enfiteusi.
(48) Nov. 7. c. 3. Confr. Nov. 120. c. 1.
(49) Nov. 120. c. 6. § 1.
(50) Nov. 7. c. 3. § 1. 2. Nov. 120. c. 1. La differenza dalla *superficies* qui consiste in ciò, che non può vendersi senza darne avviso, ed il proprietario gode di un dritto di preferenza nella compra, che il nuovo possessore deve pagare un *laudemium*, e che le cause di privazione proprie dell' enfiteusi qui hanno applicazione.
(*) J. d'Avezan Servitutum liber. Aurel. 1650. (*Meermann* Thes. T. IV. p. 119. seq.); *Luden*. La dottrina delle servitù. Gotha 1837. 8.; *Hoffmann* La dottrina delle servitù secondo il dritto Romano 2. vol. Darmstadt 1838-43. 8.; *Ordolff* de servit. indole et principiis communibus. Erlangae 1844. 8.

fu anche il loro antico nome, e però i principi generali sulle
nel dritto antico sono da riguardarsi come l' antica teorica
to civile sui *jura in re*. Ma sebbene questa teorica sia in par
cabile anche ai *jura in re* più recenti, pure l' espressione s
rimasta ristretta ai soli *jura in re* dell'antico dritto civile,dei
ne ha due specie.

1.° Le servitù personali *servitutes personae*, dritti di godin
una persona determinata ha come *jus in re* sopra una cosa al
to al più durante la vita.

2.° Le servitù reali *jura* s. *servitutes praediorum* dritti r
quali sono annessi ad un fondo per vantaggio de' suoi possess
consistono in questo che quei possessori possono continuame
citare certi dritti di proprietà come *jus in re* sopra un fond
Ambedue debbono concepirsi assolutamente come due specie
reali sussistenti da se,le quali non sono men differenti fra loro
altre rimanenti,il perchè una definizione generale delle servitù
mente impossibile (1).Nondimeno se esse hanno comuni fra lo
chi principi loro propri, questo procede principalmente da ci
tutto quello che l'antico dritto civile avea stabilito sulle *ser*
stato esteso anche ai nuovi *jura in re* (2). Intanto la teorica
vitù non appartiene esclusivamente all' antico dritto civi
rocchè l'editto pretorio, ed altre più recenti fonti di dritto l'
più modi estesa o modificata, ed a ciò si riferisce la distinzio
vitutes jure constitutae, le quali corrispondono in tutto ai
dell' antico dritto, e *servitutes tuitione praetoris*, la cui
fondata soltanto sopra disposizioni più recenti (3). Le regole
civile per le servitù, che hanno applicazione in tutti i *jura in*
1) che sulle cose *extra commercium* non ha luogo alcuna spec
vitù (4). 2) Che la servitù più recente deve sempre cedere al

(1) Perchè si può dare l' idea di tutto il genere (che qui è il *jus in re*), e
le specie (che qui sono i diversi *jura in re*), ma non già di più specie nel t
Confr. Lohr nel Mag. per la legislazione e giurisprudenza vol. III. n. 16. § 2
Saggi. Berlino 1831. n. 14.

(2) Ce ne offrono degli esempi la *quasi possessio servitutum*, *l' actio co*
le forme dei contratti di servitù.

(3) L. 1. pr. D. *quib. mod. usufr.* (7.4.) L. 9. § 1. D. *usufr. quema*
9.) L. 1. § 2. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 2. D. *commun. praed.* (8. 4.) L.
D. *si serv. vind.* (8. 5.) L. 11. § 1. D. *de publ. act.* (6. 2.) L. 26. D. *de*
(39. 3.) L. 1. § 9. D. *de superfic.* (43. 18.); Fragm. Vat. § 61.

(4) L. 14. § 2. D. *de servit.* (8. 1.) L. 1. pr. D. *de serv. praed. urb.* (

tica (5), e 3) che niuna servitù può contenere un'obbligazione del proprietario della cosa serviente, o di alcun altro a fare o a prestar servigi, *servitus in faciendo consistere nequit* (6). Al contrario è tutto proprio delle servitù il principio che non possa sopra una servitù stabilirsi un'altra servitù, *servitus servitutis non datur* (7), e si può anche riguardare come una seconda particolarità la *juris quasi possessio* (8), giacchè l'esercizio di ciò che per effetto di una servitù si ha dritto di fare si ritiene come possesso della medesima, *exercitium servitutis pro possessione est* (9), in quanto ciò sia avvenuto con la precisa intenzione di avere una servitù (10), e non *vi*, *clam*, *o precario* (11). Negli altri dritti reali non si trova (12) un siffatto possesso del dritto, il quale non altrimenti che il possesso delle cose non solo può menare all' effettivo acquisto della servitù (13), ma può anche dar luogo agl'interdetti (14), anzi può parimente esser di fondamento ad un' applicazione analoga dell'azione Publiciana (15). Imperocchè sebbene anche negli altri dritti reali troviamo de' rapporti simiglianti, pure questi rapporti non sono che straordinari effetti della corporale detenzione.

L. 13. pr. D. *commun. praed.* (8. 4.) L. 17. § 3. D. *de aqua pluv.* (39. 3.) L. 22. § 4. D. *quod vi aut clam.* (43. 24.)

(5) L. 15. § 7. L. 16. L. 27. § 4. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 8. D. *de aqua quotid.* (43. 20.)

(6) L. 15. § 1. D. *de servit.* (8. 1.) L. 6. § 2. D. *si serv. vind.* (8. 5.). Siccome la stessa proprietà non contiene alcun dritto a prestazioni da parte di altri, così anche i *jura in re* come singoli dritti smembrati della proprietà non possono dare siffatto dritto.

(7) L. 1. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 33. § 1. D. de S. P. R. (8. 3.) in generale non sono esclusi i *jura in re* sopra un *jus in re*. D. § 195.

(8) *Savigny* Dritto del possesso § 12.; *Rosshirt* nell' Arch. per la prat. civ. vol. VIII. n. 1.; *Bucholz* Saggi n. 8.

(9) Caj. IV. 139.; L. 23. § 2. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 20. D. *de servit.* (8. 1.) L. 20. pr. L. 22. § 1. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 10. pr. D. *si servit.* (8. 5.) L. 1. § 8. D. *quod legat.* (43. 3.) L. 1. § 2. D. *de itin. actuque priv.* (43. 19.) L. 10. C. *de adq. poss.* (7, 32.). Non si oppone la L. 4. § 97. D. *de usurp.* (41. 3.)

(10) L. 25. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.) L. 1. § 6. 9. 10. L. 7. D. *de itin. act. priv.* (43. 19.)

(11) L. 10. pr. D. *si serv.* (8. 5.) L. 1. § 2. L. 7. D. *de itin. act. priv.* (43. 19.) L. 1. pr. § 10. 20. D. *de aqua quotid.* (43. 20.)

(12) V. appresso § 189.

(13) V. appresso § 187.

(14) V. appresso § 187.

(15) Soltanto nel *precarium* anche l' esercizio di un godimento conceduto senza il possesso corporale vien nominato *possessio juris* L. 2. § 3. L. 3. D. *de precar.* (43. 26.) ed in ben altro senso la L. 13. § 15. D. *de hered. pet.* (5. 3.) parla di *possessio juris*.

II. SERVITU' PERSONALI.

1) *Principi generali* (*).

§ 181. In riguardo alle servitù personali son da distinguersi
prie e le improprie. Per le prime valgono le seguenti regole gen

1.° Oggetto di queste servitù possono essere tanto le cose
quanto le immobili, ma sempre solo le cose che non si consu
giacchè esse debbono godersi senza distruggersi con l'uso, *sal*
stantia (2). Le pertinenze sono insiem con la cosa principale
ste alla servitù (3), e se la cosa si accresce per accessione, la se
estende anche all'accrescimento, eccetto le nuove isole, perchè
formano un fondo per se stesse (4).

2.° Non si possono le servitù personali trasmettere ad altri

3.° Neppure passano agli eredi, e però si estinguono almen
morte del possessore, quando non siasi stabilito un termine
ve (6):

4.° Se appartengono a persone morali, il che può essere, q
que negli antichi tempi vi fosse stata controversia intorno a ciò
rata è stabilita a 100 anni come il termine più lungo della vi
na (7).

5.° Quegli a cui spetta la servitù dee trattare la cosa da bu
dre di famiglia (8).

(*) *G. Noodt* de usufructu libri II. in Oper. T. I.; *M. A. Galvani* de
Dissert. variae. Genevae 1776. 4.

(1) Molte di queste regole sono in apparenza stabilite solo per l'usufrutto,
forma una servitù normale, rapporto alla quale son proposte regole comuni pr.
(2. 5.) L. 3. § 3. D. *de usufr.* (7. 1.)

(2) § 2. J. *de usufr.* (2. 4.) L. 1. L. 2. L. 3. § 1. L. 7. pr. D. *eod.*

(3) L. 7. § 1. L. 9. § 1. 7. L. 15. § 6. D. *eod.* L. 1. pr. D. *si ususfr. pet.*
2. § 2. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(4) L. 9. § 4. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 12. D. *de usu et usufr. leg.* (33.

(5) Caj. II. 30.; § 3. J. *de usufr.* (2. 4.) L. 15. D. *fam. herc.* (10. 2.) L.
jure dot. (23. 3.). Non si oppone L. 4. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) V. § 19

(6) L. 3. pr. L. 11. L. 12. pr. L. 14. C. *de usufr.* (3. 33.) L. 21. D.
8.) L. 6. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 3. D. *quando dies* (36. 2.) L
D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.), Fragm. Vat. § 48-50.

(7) L. 56. D. *de usu fr.* (7. 1.) L. 8. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L.
sacros. eccles. (1. 2.)

(8) § 38. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 9. pr. § 2. L. 15. § 1. 2. L. 65. pr. D.
(7. 1.) L. 1. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.)

6. Dopo la fine della servitù egli o i suoi eredi hanno l'obbligo di restituire la cosa al proprietario (9) e di ristorare tutti i deterioramenti per colpa avvenuti, nel che son tenuti della negligenza lieve. Nondimeno pel risarcimento dei danni vi è una propria azione pretoria anche durante la servitù (10).

7.° Per rispetto a queste obbligazioni chi ha una servitù deve fin da principio in forza dell'editto prestar cauzione al proprietario mediante fidejussione, *satisdatio* (11), e finchè questa sia prestata il proprietario non è tenuto a permetter l'esercizio della servitù, anzi può rivendicare la cosa, ma può anche insistere per la prestazione della sicurtà (12). Nel legato di una servitù il testatore non può nemmeno dispensare da questa cauzione, ma il può solamente l'erede come quegli che è l'attuale proprietario (13); ma son dispensati dalla cauzione quelli che debbono in seguito acquistar anche la proprietà della cosa (14), il marito a cui è recata in dote una servitù personale (15), ed il padre nell'usufrutto sul patrimonio de' figli (16); anche quì, come sempre, il Fisco e i Comuni delle città non debbono prestare che una semplice cauzione verbale (17).

8.° Il possesso delle servitù personali presuppone la detenzione corporale della cosa serviente congiunta alla precisa volontà di esercitarvi sopra la servitù. Vi è dunque luogo ad un doppio possesso. Riguardo alla cosa stessa si è detentore perchè manca l' *animus sibi habendi s. dominii*, ed il proprietario continua ad essere il possessore civile (18), ma esercitandosi per questa detenzione la servitù, si è nel tempo stes-

(9) L. 1. pr. § 6. 7. L. 9. § 3. D. *eod.*

(10) L. 13. § 2. L. 15. § 3. L. 65. pr. L. 66. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 1. § 3. 6. 7. L. 2. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.)

(11) L. 1. L. 3. D. *eod.* L. 4. C. *de usufr.* (3. 33.) Confr. con L. 5. § 1. L. 7. pr. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.); Paul. S. R. I. 11. § 2. III. 6. 27. La stipulazione di cui parlano le L. 1. L. 3. L. 5. pr. D. *eod.* non è una *cautio verbalis*, ma la stipulazione per la quale si obbliga il fidejussore.

(12) L. 1. pr. L. 12. D. *eod.* L. 13. pr. D. *de usufr.* (7. 1.)

(13) L. 1. C. *de usufr.* (3. 33.) L. 7. C. *ut in poss. leg.* (6. 54.). Non si oppone la L. 8. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5.); Fragm. Vat. § 69.

(14) L. 9. § 2. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.)

(15) L. 1. L. 2. C. *ne fidejus. dotis dentur* (5. 20.)

(16) L. 8. § 4. C. *de bon quae lib.* (6. 61.)

(17) L. 1. § 18. L. 6. § 1. D. *ut legator. seu fideic. serv. causa cav.* (36. 3.)

(18) L. 15. § 1. *qui satisdare cog.* (2. 8.) L. 1. § 8. D. *quod legat.* (43. 3.) L. 52. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 10. § 5. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 5. § 1. D. *ad exhib.* (10. 4.); Fragm. Vat. § 90.

so nella *quasi possessio juris* (19), e questo possesso del dritt
tiene come trasferito quando la servitù è stata costituita dal po
re della cosa, sia o no proprietario, e quindi si è consegnato
sesso corporale della cosa nel fine che quella servitù si possa e
re, o almeno quando questo possesso si è preso con saputa e c
del concedente (20), mentre al contrario il medesimo devesi rig
come occupato, allorchè alcuno di sua autorità per far valere la
si ha procurata la detenzione (21).

9.° Al proprietario si appartiene ogni cosa, sulla quale il pos
della servitù non possa aver pretensione (22), ed egli può far tut
atti di disposizione che non arrecano a costui alcun pregiudizio
i quali van comprese anche quelle disposizioni che non debbo
effetto se non dopo la fine dell' usufrutto (24). Ma egli deve o
ciò che pregiudica e restringe la servitù (25). Egli non può fa
glianti atti dannosi neppure col consenso di colui, al quale il dr
la servitù si appartiene (26), salvo solo che può rendere relig
luogo (27). Intanto il proprietario non solo non può positivame
pedire e restringere la servitù, ma deve anzi prestare per qua
tutto ciò che è necessario all'esercizio della servitù (28).

(19) L. 12. § 2. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 27. D. *de donat.* (39. 5.) L. 3.
unde vi (43. 16.) L. 4. D. *uti poss.* (43. 17.) L. 12. in fine C. *de prae*
(7. 33.)

(20) L. 3. pr. L. 25. § 7. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 7. pr. D. *usufr. quem*
(7. 9.) L. 1. pr. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 11. § 1. D. *de publ. act*
Fragm. Vat. § 61. L. 27. D. *de donat.* (39. 5.).

(21) Fragm. Vat. § 90.

(22) L. 9. § 4. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 2. pr. L. 12. pr. L. 15. § 1. D
(7. 8.) L. 28. § 1. D. *de usuris* (22. 1.) § 37. J. *de rer. div.* (2. 1.)

(23) L. 16. L. 17. § 2. L. 72. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 19. D. *quib. mo*
(7. 4.) L. 16 § 1. D. *de usu* (7. 8.) L. 2. C. *de usufr.* (3. 33.)

(24) L. 63. L. 72. D. *de usufr.* (7. 1.)

(25) L. 7. § 1. L. 15. § 6. 7. L. 17. § 1. 3. D. *eod.* L. 2. D. *si ususfr.*
L. 23. D. *de usu* (7. 8.) L. 12. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(26) L. 15. § 7. D. *de usufr.* (7. 1.). Parè che qui Ulpiano applichi lo st
namento che fa nella L. 165. D. de R. J. (50. 17.), cioè che nessuno può co
altri quello a cui egli stesso non ha dritto, e che per conseguenza siccome l'usu
egli stesso non ha il dritto di deteriorare la cosa, e di aggravarla di nuovi pesi,
può autorizzare a ciò neppure il proprietario, quando questi altrimenti nol potr
resto non si oppone la L. 63. D. *de usufr.* (7. 1.)

(27) L. 17. pr. D. *eod.*

(28) L. 1. § 1-4. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 10. D. *de* S. P. U. (8. 2.)

2) *Servitù personali proprie.*

§ 182. Due soltanto sono le servitù personali proprie: *ususfructus* ed *usus* le quali differiscono fra loro principalmente per la estensione.

1.° *L'usufrutto*, il cui possessore dicesi *ususfructuarius*, è la servitù personale, la quale comprende tutta l'utilità che una cosa senza danneggiarsi può comportare, e quindi comprende due cose l'uso ed il godimento de' frutti (1), cosicchè al proprietario non rimane quasi alcun provento della cosa (2), e perciò la sua proprietà viene anche indicata come una *nuda proprietas* (3). Anche i frutti civili appartengono all'usufruttuario (4). Al contrario questi è anche tenuto a tutte le spese di manutenzione (5), come pure ai pesi ed alle imposizioni della cosa (6); e alla manutenzione che è a suo carico viene anche annoverato il supplimento di ciò che viene a mancare, il quale in quanto alle boscaglie alle vigne a' semenzai e simili si fa col seminare o piantare (7), ed in quanto agli armenti col sostituire nuovi capi (8). L'usufruttuario non può certamente alienare il suo dritto, ma può bensì cedere ad altri l'esercizio del medesimo tanto gratuitamente *donatio ususfructus*, quanto a titolo di affitto *locatio ususfructus*, o di vendita *venditio ususfructus*, o per causa

(1) Pr. J. *de usufr.* (2. 4.) L. 1. D. *eod.* (7. 1.). È un giuoco di parole il chiamare il dritto di godimento *ususfructus causalis* s. *conjunctus* quando appartiene allo stesso proprietario, ed *ususfructus formalis* s. *separatus* quando costituisce una servitù.

(2) Fanno eccezione da ciò soltanto gli alberi sradicati dal vento ed il tesoro ritrovato L. 12. pr. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 7. § 12. D. *sol. matr.* (24. 3.), come pure i figliuoli delle schiave. Veramente su quest' ultimo punto si contese per lunga pezza, ma alla fine si ammise sull' autorità di Servio Sulpizio che essi non si dovessero annoverare tra i frutti, e perciò dovessero rimanere del proprietario L. 68 pr. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 29. § 1. D. *de usuris* (22. 1.) § 37. J. *de rer. div.* (2. 1.); Paul. III. 6. § 19. Forse i Proculiani volevano applicar ciò anche ai figli degli animali, giacchè noi vediamo che i Sabiniani si dichiararono contro questa opinione L. 68. § 1. D. *de usufr.* (7. 1.)

(3) § 4. J. *eod.* (2. 4.) L. 1. § 1. D. ad Sct. Silan. (29. 5.) L. 25.) pr. D. de V. S. (50. 16.)

(4) L. 12. § 2. L. 59. § 1. D. *de usufr.* (7. 1.). Tra i frutti civili spettanti all' usufruttuario quì viene annoverato anche l'acquisto fatto dagli schiavi L. 22-26. D. *eod.* Fragm. Vat. § 72. 73. 89.

(5) L. 7. § 2. 3. L. 15. § 2. L. 45. L. 48. pr. L. 64. L. 65. pr. D. *eod.* L. 7. C. *eod.* (3. 33.)

(6) L. 27. § 3-5. D. *eod.* L. 28. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 9. § 5. D. *de damno inf.* (39. 2.) L. 2. C. *de annon.* (10. 16.)

(7) L. 7. § 3. L. 9. § 6. L. 18. L. 59. pr. D. *de usufr.* (7. 1.)

(8) L. 68. § 2. L. 69. L. 70. D. *eod.*

di pegno; egli però rimane sempre il *possessor juris*, ed è risp di tutto (9). L'usufrutto come dritto divisibile può appartenere comune, per parti ideali o eguali o ineguali (10), ed allora la p di colui che manca si accresce regolarmente agli altri, finchè mancati, e quindi solo allora il proprietario può rientrare nel g to (11). Nella fine dell'usufrutto la percezione decide assolu della divisione de'frutti; giacchè quei che non ancora son perc partengono al proprietario (12), ed in caso di locazione il prezzo vien diviso in proporzione de'frutti già percepiti dal locatario recchi principi speciali s'incontrano nell'usufrutto de'poderi. Il tario quì dee permettere all'usufruttuario la caccia e la pesca questi può anche secondo l'uso trar profitto dalle miniere gi imperocchè siffatto provento appartiene ai frutti civili (15). fruttuario non può aprirne delle nuove, se non quando ciò si p senza perdita di terra fruttuosa (16); non può neppure immuta zialmente il modo attuale di godimento e di coltura (17), nè co compiere o trasformare alcun edifizio, purchè non sia necessar conomia del fondo stesso (18). Se vi sono de'boschi e delle piantag l'usufruttuario può servirsi de' semenzai come il proprietario tagliare, nella stessa misura che il proprietario è solito di far

(9) L. 12. § 2. L. 13. § 8. L. 15. § 5. L. 27. § 1. L. 38. L. 39. L. 6 L. 8. § 2. D. *de peric.* (18. 6.) L. 66. D. *de jure dot.* (23. 3.) § 1. J. *de* Fragm. Vat. § 41.; L. 11. § 2. D. *de pign.* (20. 1.) L. 8. pr. D. *quib.* (20. 6.). Anzi nella L. 10. C. *de usufr.* (3. 33.) l'usufruttuario è chiama *proprietatis* in confronto a colui al quale egli ha ceduto l'esercizio del suo d

(10) L. 5. L. 13. § 3. L. 34. pr. L. 57. § 1. D. *eod.* L. 1. § 1. D. *de* *cresc.* (7. 2.) L. 19. D. *de usu* (7. 8.)

(11) L. 1-3. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.) L. 3. § 1. D. *quib. mod. usu* (Fragm. Vat. § 75-88. Nondimeno si fa eccezione quando non ha luogo una nione, ma a ciascuno è attribuita una parte determinata L. 1. pr. D. *eod.*, usufruttuarii sono liberti del concedente L. 57. § 1. D. *de usufr.* (7. 1.)

(12) § 36. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 48. § 1. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 1 *mod. usufr.* (7. 4.) L. 8. D. *de annuis legat.* (33. 1.) L. 42. D. *de usu e* 33. 2.)

(13) L. 58. pr. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 42. D. *de usu et usufr. leg.* (3

(14) L. 9. § 5. L. 62. pr. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 26. D. *de ususfr.* (2

(15) L. 9. § 2. 3. D. *de usufr.* (7. 1.); Fragm. Vat. § 71.

(16) L. 13. § 5. 6. D. *eod.*

(17) L. 13. § 4-6. 8. L. 15. § 1. D. *eod.* L. 23. D. *de usu* (7. 8.)

(18) L. 7. § 3. L. 8. L. 13. § 6. 8. L. 44. L. 61. L. 73. D. *de usufr.*

(19) Confr. *Laspeyres* nell' Arch. per la prat. civ. vol. XIX. n. 4.

(20) L. 9. § 6. D. *eod.*

(21) L. 9. § 7. L. 59. § 1. D. *de usufr.* (7. 1.); Fragm. Vat. § 70. 71

selve che rimettono i rampolli dalle radici *silva caedua* (22). Delle altre selve non può altramente servirsi che pei bisogni dell'economia del fondo, in quanto ciò possa farsi senza rovinare le boscaglie (23), e non può tagliare i grandi alberi (24),se non quando son disseccati (25). Non ha niun dritto sugli alberi abbattuti dal vento; da questi però deve prendere in prima quel tanto che è richiesto pei bisogni del fondo, affinchè risparmi gli altri alberi (26). Se al fondo son dovute delle servitù anche l'usufruttuario ha la facoltà di goderne (27).

2.° *L'uso* al contrario è la servitù personale, nella quale colui al quale appartiene e che dicesi *usuarius* è limitato all'uso della cosa, mentre il godimento de' frutti rimane al proprietario (28). In esso per sua natura si comprende ogni uso che la cosa può comportare (29); nondimeno può anche costituirsi come *usus* uno speciale e determinato uso della medesima, nel qual caso all'usuario non appartiene alcun dritto sulle altre specie di uso (30). L'uso appartiene ai dritti indivisibili,e però più usuari hanno ciascuno per intero il dritto di uso (31); nell'istesso tempo l'usuario dee assolutamente usare egli medesimo e per se stesso.Egli può senza dubbio far partecipare dell'uso quei della famiglia che abitano con lui (32),ma non può cederne ad altri l'esercizio non solo per un prezzo, che sarebbe un frutto civile, ma neppure gratuitamente (33), e del pari non può intraprender l'uso per averne una mercede, perciocchè in ciò vi sarebbe anche un godimento di frutti (34). Nondimeno nell'uso di una casa, la quale fosse troppo ampia per l'usuario, gli si permette di ricevere presso di se degl' inquilini (35), ed

(22) L. 30. D. de V. S. (50. 16.)
(23) L. 10. D. *eod.*
(24) L. 11. L. 13. § 4. D. *eod.*
(25) L. 18. D. *eod.*
(26) L. 12. pr. D. *eod.*
(27) L. 9. § 7. D. *eod.* L. 1. pr. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 6. pr. D. de S. D. R. (8. 3.) L. 2. § 2. D. *si serv.* (8. 5.)
(28) L. 1. L. 2. pr. L. 10. § 4. L. 11. L. 12. pr. L. 15. § 1. D. *de usu.* (7. 8 .
(29) L. 12. § 3. D. *eod.*
(30) L. 32. D. *de ususfr.* (7. 1.) L. 4. L. 37. D. *de serv. praed. rust.* (8. 3.) L. 14. § 3. D. *de alim. leg.* (34. 1.) L. 6. D. *de servit. leg.* (33. 3.)
(31) L. 19. D. *de usu* (7. 8.) L. 10. § 1. D. *comm. div.* (10. 3.)
(32) L. 2-8. L. 12. § 5. L. 17. D. *de usu* (7. 8.) § 2. J. *eod.* (2. 5.)
(33) L. 8. pr. L. 11. L. 12. § 6. L. 14. pr. D. *eod.* § 1-3. J. *eod.* L. 10. § 1. D. *comm. div.* (10. 3.)
(34) L. 12. § 4. D. *de usu* (7. 8.). Nondimeno perciò non si esclude l'uso nei lavori e nelle opere che l'usuario ha altra volta intrapresi per mercede L. 12. § 6. D. *eod.*
(35) L. 2. § 1. L. 4. pr. D. *eod.*

in quanto alle terre ed alle greggi, per le quali cose l'uso pro
te detto è qualche cosa di secondario, può anche prendere
il necessario pei bisogni della sua famiglia (36). Queste sono
golarità introdotte per equità, le quali appunto per questo
portano alcuna estensione (37), e lo stesso si dica della dispo
Adriano, che l'uso di un bosco ceduo debba esser perfettame
derato come un usufrutto (38). Pel mantenimento della cos
imposte l'usuario ed il proprietario debbono contribuire propo
mente secondo la misura dell'utilità che ciascuno ne ritrae;
cosa non produce frutti, cosicchè il proprietario non ne abbia al
allora l'usuario dee sopportare egli solo cosiffatte spese (39).
una speciale *servitus fructus*, giacchè il dritto che alcuno ha
mento de'frutti, a titolo di servitù, vien riguardato come *usufr*
Soltanto, quando ad uno si da l'uso e ad un altro il godimento
a quest'ultimo appartengono i frutti che altrimenti avrebbe
tario (41).

3) *Servitù personali improprie.*

§ 183. Si possono addurre come servitù personali improp
versi dritti, che si sogliono denominare *servitus habitationis*
operarum, e *quasi ususfructus*.

1.° I principi sopra le prime due non sono in fatto che sp
di un negozio civile indeterminato, stabilite ed introdotte pe
petrazione de' prudenti (1). 1) Quando gratuitamente per
zione o per legato si è conceduta ad alcuno l'abitazione *habi*
za un'esatta dichiarazione del suo dritto, egli strettamente
rinvenire in ciò un *ususfructus* o *usus* e quindi una servitù
giuridico (2); ma nondimeno di fatto ne risulta un certo rappo

(36) L. 12. § 1, 2. L. 15. pr. D. *eod.* § 1. 4. J. *eod.*
(37) L. 14-16. D. *de legib.* (1. 3.)
(38) L. 22. pr. D. *de usu* (7. 8.)
(39) L. 18. D. *eod.*
(40) Paul. S. R. III. 6. § 24.; L. 14. § 1. D. *de usu* (7. 8.) L. 43. D
(21. 2.) L. 41. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 58. D. de V. O. (45.
(41) Paul. S. R. III. 6. § 25.; L. 14. § 2. 3. D. *de usu* (7. 8.) L. 42.
usufr. (7. 1.) L. 1. § 2. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 9.) L. 4. D. *uti poss.*
(1) G. *Majansii* Disput. jur. T. I. Nov. 18.; *Thibaut* Tratt. Civ. n. 2.;
op. cit. § 57.
(2) § 5. J. *de usu et hab.* (2. 5.) L. 10. D. *de cap. min.* (4. 5.) « Habita

gliante, il quale perciò in generale viene anche riguardato in maniera come se si fosse costituito l'*usus* (3), e con la estensione da prima combattuta, ma da Giustiniano poi riconosciuta, che colui al quale spetta l' *habitatio* possa anche darla in affitto (4). Per conseguenza anche quì viene ammessa una *quasi possessio juris* con gli effetti che vi sono annessi (5), ma dall'altro lato quegli che ha il dritto deve anche prestare la cauzione che si suol dare nelle servitù personali (6), e dee sopportar, nella stessa maniera che un usuario, i pesi che gravano la casa (7). Intanto si trovano delle differenze per rispetto alla estinzione, per la quale non si applica interamente la teorica delle servitù (8). Veramente da principio era controverso tra i giureconsulti Romani se tutto ciò valesse anche allorchè l'abitazione non erasi conceduta per tutta la vita; ma siccome l'opinione negativa prevalse (9), così in tal caso dee riconoscersi solo un comodato o precario, secondochè l'abitazione è conceduta per un tempo determinato, o a piacere (10). 2) Valgono eziandio questi principi, e per le medesime ragioni, quando nella stessa guisa senza una precisa dichiarazione son conceduti ad un altro i servigi di schiavi o di bestie da soma *operae servorum vel jumentorum* (11), e quì anche prima di Giustiniano era deciso che il dritto di locare avesse luogo (12). Quì però s' incontra anche una maggiore deviazione dalle ser-

potius quam in jure consistit » Confr. con L. 10. § 2. 3. D. *de usu* (7. 8.) L. 9. L. 27. L. 32. D. *de donat.* (39. 5.) L. 41. D. de S. P. U. (8. 2.); *Luden* delle servitù § 44. e 45.

(3) L. 10. pr. D. *de usu* (7. 8.) L. 18. pr. D. *de peric.* (18. 6.). Secondo l'analogia dell' uso quì deve ammettersi l' indivisibilità del dritto, come la L. 1. § 9. C. *ad leg. Falcid.*. (35. 2.) lo riconosce nella *servitus operarum*.

(4) L. 13. C. *de usufr.* (3. 33.) § 5. J. *de usu et hab.* (2. 5.)

(5) L. 27. D. *de donat.* (39. 5.)

(6) L. 5. § 3. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.)

(7) L. 7. C. *de indict.* (10. 7.) Confr. con L. 18. D. *de usu et hab.* (7. 8.) L. 41. pr. D. de S. P. U. (8. 2.)

(8) L. 10. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 10. pr. D. *de usu* (7. 8.). V. appresso § 190. Nota 35. § 191. Nota 7. e 8.

(9) L. 10. § 3. D. *de usu* (7. 8.)

(10) L. 1. § 1. D. *commod.* (13. 6.). Dall' ammettere un *precarium* si può dichiarare la L. 32. D. *de donat.* (39. 5.). Di altra opinione è *Bucholz* Saggi n. 15.

(11) L. 10. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 2. L. 4. L. 5. D. *de oper. serv.* (7. 7.) L. 5. § 3. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.) L. 2. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 1. § 9. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.). La *servitus operarum* è ristretta solo agli schiavi. *Luden* l. c. § 46. e 47.

(12) L. 2. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

vitù personali, ed è questa che alla morte del godente il suo passa eziandio ai suoi eredi (13).

2.° Al contrario il *quasi ususfructus* poggia sopra una speci sposizione di legge (14). Ne' tempi antichi il principio che le s personali possono solo avere ad oggetto cose che non si consu era rigorosamente applicato, il che principalmente si manifesta frequente legato dell'usufrutto su tutto il patrimonio, mentre l'u tuario di tutte le altre cose componenti il patrimonio non ottenev la. Ciò noi troviamo anche al tempo di Cicerone (15). Ma un sen sulto il quale almeno sotto Tiberio era già esistente, dichiarò un gato efficace e valido per rapporto a tutto quanto il patrimonio che ora viene applicato in questo modo, che il danaro, i commest in generale tutti gli oggetti non capaci di un proprio usufrutto p pienamente nella proprietà dell'usufruttuario, il quale ne può f che vuole, e solo è obbligato quando il suo dritto si estingue, di re una egual quantità e qualità, o di rimborsarne il valore, ma per egli porta anche il rischio delle cose ricevute (17). La cauzione che dare nelle servitù personali, anche in questo caso si dee prestar specialmente è importante (18). Del rimanente sebbene quel sena sulto sembri aver solo parlato del legato dell'usufrutto sull' inte trimonio, nondimeno le sue disposizioni sono applicabili anche al il legato riguarda semplicemente una parte del patrimonio (19), soltanto determinate cose consumabili (20), ovvero allorchè l'us non si fonda sopra un legato (21). Inoltre nelle cose che si consuma si fa differenza se si tratti di usufrutto o di uso (22). Nondimeno nelle cose, che in generale si ritengono come consumabili, può t

(13) L. 2. D. cit.

(14) G. *Majansii* Disput. jur. I. Nov. 17.

(15) Cic. top. c. 4.

(16) L. 1. D. *de usufr. ear. rer. quae usu cons. vel min.* (7. 5.) L. 69. D. *Falc.* (35. 2.); Ulp. XXIV. 27. Confr. la mia St. § 101. Nota 14. La restrizi tenuta nella L. 29. D. *de usufr.* (7. 1.) si riferisce soltanto alla quarta falcidia.

(17) § 2. J. *de usufr.* (2. 4.) L. 2. L. 5. L. 7. L. 11. D. *de usufr. ear.* 5.); Ulp. l. c.; Fragm. Vat. § 46.

(18) Ulp. l. c; L. 2. pr. L. 4. L. 5. § 1. L. 6. pr. L. 7. L. 8. L. 9. L. 11. *eod.*

(19) L. 42. § 1. L. 43. D. *de usufr.* (7. 1) L. 32. § 8. L. 43. D. *de usu fr. leg.* (33. 2.)

(20) L. 2. L. 3. L. 5. L. 6. L. 7. L. 8. L. 11. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5.)

(21) L. 6. § 2. L. 8. § 3-5. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(22) L. 5. § 2. L. 10. § 1. L. 12. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5.)

un vero usufrutto o uso, quando cioè son date soltanto per una sorta di godimento o di uso che si può ottener dalla cosa senza distruggerla (23), e ciò è ammesso quando viene specialmente costituito l' usufrutto di vesti (24), mentre nell' usufrutto sull' intero patrimonio le vesti sono annoverate fra le cose che si consumano (25). Ma l'usufrutto di capitali è sempre un *quasi ususfructus* (26); salvochè non si sia concedato espressamente soltanto il godimento degl' interessi. Se al debitore medesimo si costituisca l'usufrutto sul capitale del suo debito, egli allora non dee pagare interessi (27).

III. SERVITU' REALI.

1) *Principi generali* (*).

§ 184. Le servitù reali, delle quali principalmente s'intende parlare ne'fonti, quando si adopera la parola *servitutes* senz'altra aggiunta, sono illimitate in quanto al loro numero; ma in generale valgono intorno ad esse le seguenti regole, le quali possono convenevolmente ridursi a cinque categorie.

1.° *Condizioni*. 1) Ogni servitù reale presuppone almeno due fondi di diversi proprietari, un fondo dominante *praedium dominans* al quale è annesso il dritto, ed un fondo serviente *praedium serviens* sul quale gravita il peso (1). Ambidue i fondi debbono essere in commercio (2), giacchè una cosa *extra commercium* non può neppure avere servitù (3), ed ambidue debbono parimente esser limitrofi tra loro *praedia vicina* (4), sebbene non nuoccia che una via pubblica, una piazza,

(23) L. 28. D. *de usufr.* (7. 1.)

(24) L. 15. § 4. 5. D. *eod.* L. 9. § 3. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.)

(25) § 2. J. *de usufr.* (2. 4.). Confr. sull'apparente contradizione tra le Istituzioni e le Pandette intorno a questo punto A. *Rotgersius* de usufr. vestim. in Apodict. Demonstrat. L. B. 1727. 4. p. 609. seg.; *A. F. Schott* de usufr. vestim. ex voluntate constituentis vel veri vel quasi tali in Opusc. jurid. Lipsia 1770. 8. p. 164. seg.

(26) L. 3. L. 4. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5.) L. 24. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 1. C. *de usufr.* (3. 33.); *Hoffmann* delle servitù § 51.

(27) L. 3. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5.)

(*) *H. C. Sterer* de servit. praed. ed. 2. Rostock 1820. 8.; Zacharia nel Mag. civ. di *Hugo* vol. II. p. 328. seg.

(1) § 3. J. de servit. (2. 3.) L. 1. § 1. L. 3. D. *commun. praed.* (8. 4.)

(2) V. § 180. Nota 4.

(3) L. 4. D. *eod.* L. 1. D. *si servit.* (8. 5.). Sopra l' eccezione veggasi il § 185. Nota 11.

(4) L. 25. § 1. L. 38. L. 39. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 5. § 1. L. 7. § 1. D. de S.

o un fiume li divida, quando la servitù non contiene nulla che si c
al godimento che sopra queste cose pubbliche a tutti è conced
Intanto può anche una servitù estendersi sopra più fondi servien
l'uno appresso all'altro (6), e dall'altro lato vi possono essere an
fondi dominanti, a tutti i quali sia dovuta la medesima servitù
Ciò che deve sussister come servitù è mestieri A. che sia utile a
cioè che assicuri un vantaggio o una comodità di interesse reale
ti i possessori del fondo dominante (8), e non corrisponda se
mente alla inclinazione di un possessore individuale (9), e B.
bia nel tempo stesso *causam perpetuam*, cioè che tenda a qual
che sia in se continuamente possibile (10), sebbene forse l'e
non possa o non debba aver luogo che alternativamente in ce
pi, nel qual caso la servitù si suol chiamare *servitus disconti*

2.° *Specie*. 1) Per rispetto al fondo dominante, secondo che
d'ordinario è un *praedium urbanum o rusticum* si dividono le
reali in servitù degli edifizi *servitutes urbanae* s. *praedii urba*
vitù de' terreni *servitutes rusticae* s. *praedii rustici* (12). 2) Al
rio per rispetto al fondo serviente si dividono in *servitutes qua*
perficie consistunt, che sono imposte ad un edifizio, e *servitu*
in solo consistunt, che sono imposte ad un terreno vuoto di edi
3) Finalmente iu quanto al loro contenuto sono parte affermat

P. R. (8. 3.) L. 7. § 1. D. *commun. praed.* (8. 4.) L. 4. § 8. L. 5. L. 6.
servit. (8. 5.) L. 12. D. *de pignor.* (20. 1.)

(5) L. 14. § 2. D. *de servit.* (8. 1.) L. 1. pr. D. de S. P. U. (8. 2.) L.
S. P. R. (8. 3.) L. 17. § 2-4. D. *de aqua pluv.* (39. 3.)

(6) L. 7. § 1. D. *commun. praed.* (8. 4.)

(7) L. 8. D. *eod.* L. 2. § 1. 2. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 32. pr. D. de
(8. 2.)

(8) È indifferente che una servitù in generale utile per tutti, per accident
d'importanza per un possessore L. 19. D. *de servit.* (8. 1.)

(9) L. 8. pr. L. 15. pr. D. *eod.* L. 5. § 1. D. de S. P. R. (8. 3.)

(10) L. 28. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 1. § 5. 7. 8. D. *de aqua quotid.*
L. un. § 4. D. de fonte (43. 22.) Confr. nondimeno § 185. Nota 17.

(11) L. 4. § 2. L. 5. § 1. D. *de servit.* (8. 1.) L. 2. § 1. D. de S. P. F
L. 14. D. *comm. praed.* (8. 4.) L. 7. D. *si servit.* (8. 5.) L. 17. pr. D. *de a*
(39. 3.) L. 1. § 29-37. D. *de aqua quotid.* (43. 20.) L. 14. pr. C.
(3. 34.)

(12) Pr. § 1. 2. J. *de servit.* (2. 3.) L. 1. D. *comm. praed.* (8. 4.) L
211. D. de V. S. (50. 16.). E in parte di altra opinione *Zacharia*, *Lingent*
differenza tra le servitù rustiche ed urbane. Heidelb. 1844. 8.

(13) L. 3. D. *de serv.* (8. 1.) L. 20. pr. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 13.
S. P. R. (8. 3.)

lorchè alcuno in forza delle medesime o può fare alcuni atti sul fondo serviente o può anche tenervi delle opere necessarie all'esercizio della servitù, e parte negative allorchè non conferiscono se non un dritto di non patir che si faccia qualche cosa sul fondo serviente, il che però s'incontra esclusivamente in un certo numero di servitù urbane. Le prime che limitano il lato negativo della proprietà sono perciò indicate come *servitutes quae in patiendo consistunt*, le seconde che son dirette contro il lato positivo della proprietà sono indicate come *servitutes quae consistunt in non faciendo* (14).

3.° *Proprietà*. 1) Tutte le servitù reali sono dritti perpetui (15), e perciò sono anche annoverate tra le qualità delle cose (16). 2) Nel tempo istesso sono indivisibili (17), e però non possono nè acquistarsi (18), nè estinguersi per parti (19); se vi sono più comproprietari del fondo dominante, possono da ciascuno essere esercitate per intero (20), e nella divisione di questo fondo rimangono pienamente a ciascuna parte in quanto ad esse importi di averle (21). 3) Non si possono trasmettere senza il fondo dominante, al contrario seguono sempre questo fondo come sue pertinenze (22), anche quando altri acquistino sul fondo un dritto di godimento, il quale racchiude sempre del pari l'esercizio delle servitù (23). 4) Se non sia destinato alla servitù un luogo determinato, essa si estende sopra tutto il fondo serviente, cosicchè essa anche nello smembramento del medesimo continua a gravarne tutte le parti (24).

(14) L. 15. § 1. D. *de servit.* (8. 1.)

(15) L. 4. pr. D. *eod.*

(16) L. 86. D. de V. S. (50. 16.) Confr. L. 5. § 9. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.)

(17) L. 11. L. 17. D. *de servit.* (8. 1.) L. 28. L. 32. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 4. § 3. 4. D. *si servit.* (8. 5.) L. 25. § 9. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 1. § 9. L. 7. L. 8. D. ad leg. Falcid. (35. 2.); *Hoffmann* l. c. § 27. seg.

(18) L. 2. L. 11. D. *de servit.* (8. 1.) L. 5. L. L. 6. L. 18. D. *comm. praed.* (8. 4.) L. 140. § 2. D. de V. O. (45. 1.)

(19) L. 18. D. *comm. praed.* (8. 4.) L. 27. L. 28. L. 31. L. 34. pr. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 30. § 1. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 8. § 1. D. *de servit.* (8. 1.)

(20) L. 17. D. *eod.* L. 4. § 3. D. *si servit.* (8. 5.)

(21) L. 23. § 3. L. 25. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 6. § 1. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.)

(22) L. 23. § 2. L. 36. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 12. D. *comm. praed.* (8. 4.) L. 47. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 20. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 86. D. de V. S. (50. 16.)

(23) L. 9. § 7. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 1. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 16. D. *de servit.* (8. 1.) L. 2. § 2. D. *si serv. vind.* (8. 5.) L. 1. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 3. § 3. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.)

(24) L. 9. D. *de servit.* (8. 1.) L. 13. § 1. L. 21. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 6. § 1. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.)

4.° *Esercizio*. Nell'esercizio delle servitù reali si dee procedere col maggior possibile riguardo, *civiliter* per non aggravare più del necessario il fondo serviente (25), e 2) non si dee mai estendere al di là del bisogno del fondo dominante (26), per conseguenza 3) non si dee neppur concedere ad altri che a quelli, ai quali il godimento del fondo dominante si appartiene (27). 4) Il possessore del fondo dominante deve egli provvedere per lo stabilimento e conservazione delle opere e de' mezzi che son forse necessari (28), ma d'altra parte ha il diritto di fare quelle operazioni che a ciò son richieste (29).

5.° *Possesso del dritto*. Il possesso quì non richiede la detenzione della cosa medesima che serve. 1) Nelle servitù reali affermative le quali presuppongono delle opere di apparecchio, esso si acquista mediante lo stabilimento delle medesime, ma in quelle che si esercitano semplicemente per via di atti, viene acquistato per l'esecuzione di questi atti (30), ed il possesso si ha per *dato* quando la servitù si è costituita da un possessore del fondo serviente, e con saputa e consenso del medesimo è stata in una o in altra guisa esercitata, *patientia constituentis pro traditione est* (31), si ritiene poi per *occupato* allorchè non vi è stata alcuna costituzione di servitù, e nondimeno ha avuto luogo l'esercizio pubblicamente e da padrone, come un dritto non *vi*, *clam*, o *precario* (32). 2) Al contrario nelle servitù negative in caso che la servitù sia stata costituita da parte di un possessore del fondo serviente il possesso senz'altra operazione si ritiene come dato; l'occupazione poi del possesso quì non può altrimenti avvenire che col far valere effettivamente il preteso dritto di proibire (33).

(25) L. 9. D. *de servit.* (8. 1.) L. 20. § 1. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 21. L. 22. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 13. § 1. L. *comm. praed.* (8. 4.) L. 4. § 1. L. 5. § 1. D. *de itin. act. priv.* (43. 19.)

(26) L. 5. § 1. L. 6. L. 29. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 1. § 16. D. *de aqua quotid.* (43. 20.)

(27) L. 24. L. 33. § 1. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 44. D. *locati* (19. 2.)

(28) L. 6. § 2. L. 8. § 2. D. *si serv. vind.* (8. 5.). Sulla eccezione parziale nella servitù *oneris ferendi* veggasi § 186. Nota 9-12.

(29) L. 10. L. *de serv.* (8. 1.) L. 20. § 1. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 11. pr. § 1. D. *comm. praed.* (8. 4.) L. 3. § 11-16. L. 4. L. 5. D. *de itin. act. priv.* (43. 19.) L. 1. D. *de rivis* (43. 21.)

(30) L. 14. pr. L. 20. D. *de servit.* (8. 1.) L. 20. pr. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 8. § 3. D. *si servit.* (8. 5.)

(31) L. 11. § 1. D. *de publ. act.* (6. 2.) L. 20. D. *de servit.* (8. 1.) L. 1. § 2. L. 32. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 16. D. *si serv.* (8. 5.)

(32) L. 10. pr. D. *eod.* L. 25. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.) L. 1. § 6. 9. L. 7. D. *de itin. act. priv.* (43. 19.)

(33) L. 32. § 1. D. de S. P. U. (8. 2.)

2) *Servitù rustiche.*

§ 185. Siccome il numero delle servitù reali non è limitato, e quindi è impossibile una compiuta enumerazione delle medesime, così le servitù menzionate ne' fonti non si debbono riguardare che come esempi e casi principali. Le più importanti specie di servitù rustiche sono:

1.° Le servitù di passaggio, le quali si dividono in *servitus itineris*, e *servitus actus* (1) secondo che il passaggio è ristretto al solo andare *ire*(2), il che non esclude l'andare a cavallo, quando la località lo permette (3), ovvero si estende anche all'*agere*, cioè andare in cocchio, cavalcare, e menare il bestiame (4). Se in quest' ultimo caso si è offerta una strada determinata, chiamasi in preferenza *servitus viae* (5), ed allora secondo le XII Tavole in difetto di un patto speciale la strada dev'esser larga almeno 8 piedi e nelle svolte *in amfractu* 16 piedi (6), ed essere sgombra fino a tale altezza che possa andare una persona con l'asta dritta (7), ed anche si possono trascinar per la strada pietre e travi, il che nel semplice *actus* non è permesso, perchè ciò danneggia le piante (8). Le disposizioni limitative sull' esercizio delle servitù di passaggio si debbono stabilir con precisione (9), e quando la direzione non è stata stabilita, il possessore della servitù non può a sua posta cangiare la direzione una volta presa (10). Le servitù di passaggio sono le sole le quali possono esser dovute anche ad una *res extra commercium*, come ad un sepolcro (11). Si può anche riguardar come una specie di servitù di passaggio il dritto di passare in barca sul lago o sul fiume di un altro (12).

(1) *Kritz* tratt. Nota 1. e 2.

(2) Pr. J. *de servit.* (2. 3.) L. 1. pr. L. 7. L. 12. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 1. D. *de adim. leg.* (34. 4.)

(3) L. 12. D. de S. P. R. (8. 3.)

(4) Pr. J. cit. L. 1. pr. L. 7. L. 12. L. 13. § 1-3. D. de S. P. R. (8. 3.). Il sostenere che la *servitus actus* dinoti solo il menare il bestiame, è contrario alle fonti.

(5) Pr. J. cit. L. 1. pr. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 13. § 1. D. *de acceptil.* (46. 4.)

(6) L. 8. L. 13. § 2. 3. L. 23. pr. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 6. § 1. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.); *Varro* de L. L. VI. 2.

(7) L. 7. D. de S. P. R. (8. 3.)

(8) L. 7. D. cit.

(9) L. 4. § 1. L. 5. § 1. L. 6. D. de serv. (8. 1.) L. 13. § 2-3. L. 23. pr. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 14. D. *comm. praed.* (8. 4.) L. 11. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.)

(10) L. 9. D. *de servit.* (8. 1.) L. 13. § 1. D. de S. P. R. (8. 3.)

(11) L. 1. D. *si serv.* (8. 5.) L. 14. § 1. D. *de serv.* (8. 1.) L. 12. pr. D. *de relig.* (11. 7.) L. 4. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.)

(12) L. 23. § 1. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 1. § 11. D. *de aqua quotid.* (43. 20.)

2.° Le servitù delle acque, delle quali se ne trovano tre, 1) la *servitus aquaeductus*, cioè il dritto di avere sul suolo altrui de' condotti di acqua aperti o in tubi per condur l'acqua sul nostro fondo o per deviarnela, il qual dritto può nondimeno appartenere anche ad un edifizio, e può esser per conseguenza anche una servitù urbana (13); 2) la *servitus aquae haustus*, cioè il dritto di attinger acqua nella fonte altrui (14), e 3) il dritto di abbeverare il bestiame nel fondo altrui *pecoris ad aquam appulsus* (15). Nelle due ultime è compresa sempre una servitù di passaggio per andare alla fonte (16). Da principio tutte le servitù delle acque presupponevano che l'acqua scaturisse immediatamente da una fonte viva; ma secondo una costituzione di Caracalla la *causa perpetua* qui non si dee più intendere in un senso così rigoroso (17). Allorchè la *servitus aquaeductus* ha per fine di condur l'acqua nel fondo di alcuno, può non solo provenir l'acqua da un fiume pubblico (18), ma benanche da una conserva pubblica artificiale *castellum*, purchè questa abbia una continua affluenza (19), e può concedersi che si conduca l'acqua a traverso di un fondo pubblico (20), ma allora chiunque ne risenta danno ha secondo le XII. Tavole un'azione pel ristoro de' danni (21). In difetto di patti speciali sulla direzione di un aquedotto si dee fare in modo che non ne sieno danneggiati gli edifizi e le piantagioni (22); ed ancora si dee conservare la direzione che una volta si è scelta (23). Ma oltre di queste si citano parecchie altre servitù rustiche, come il dritto di pascolare, *servitus pascui*, s. *pascendi*, il dritto di prender dalle terre altrui legna, canne, ed altre cose simili, o di raccogliere quivi certi frutti, o di cavar quivi arena,

(13) § 1. J. *de serv.* (2. 3.) L. 1. pr. L. 2. § 1. 2. L. 15. L. 20. § 2. L. 21. L. 22. L. 29. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 17. § 1. D. *de aqua et aqua pluv.* (39. 3.) L. 1. D. *de aqua quotid.* (43. 20.) L. 1-4. D. *de rivis* (43. 21.)

(14) L. 1. § 1. L. 3. § 3. L. 20. § 3. D. de S. P. R. (8. 3.) L. un. D. *de fonte* (43. 22.)

(15) L. 1. § 1. L. 4. D. de S. P. R. (8. 3.) § 2. J. *de serv.* (2. 3.) L. un. § 2. D. *de fonte* (43. 22.)

(16) L. 3. § 3. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 10. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 17. § 3. 4. D. *de aqua pluv.* (39. 3.)

(17) L. 2. D. *comm. praed.* (8. 4.) L. 9. D. de S. P. R. (8. 3.)

(18) L. 1. § 41-43. D. *de aqua quotid.* (43. 20.) L. 17. D. de S. P. R. (8. 3.)

(19) L. 1. § 38-40. D. *de aqua quotid.* (43. 20.)

(20) L. 14. § 2. D. *de serv.* (8. 1.)

(21) L. 5. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.)

(22) L. 21. L. 22. D. de S. P. R. (8. 3.)

(23) L. 9. D. *de serv.* (8. 1.)

calce, creta, ed altri minerali etc. (24), in tutte le quali servitù è da badare che non si oltrepassi il bisogno del fondo dominante (25).

3) *Servitù urbane.*

§ 196. Nelle servitù urbane si debbono distinguere le affermative, e le negative.

1.° Le servitù urbane affermative sono in ispezialtà: 1) la *servitus cloacae* cioè il dritto di avere sul fondo altrui un canale per fare scorrer via le sciacquature ed altre immondizie, il qual dritto per verità d'ordinario appartiene ad un edifizio (1), ma può incontrarsi anche come servitù rustica per un suolo vuoto di edifizi (2). 2) La *servitus stillicidii vel fluminis avertendi* s. *recipiendi* cioè il dritto di dirigere lo stillicidio o le gronde sul fondo del vicino (3). Pel *jus stillicidii non avertendi*, di che insieme si trova fatta menzione (4) s' intende solo la liberazione e totale o parziale da questa servitù, quando il vicino abbia ottenuto siffatta liberazione come un dritto (5). 3) La *servitus tigni immittendi*, il dritto di introdurre nel muro del vicino le travi di un edifizio (6). 4) la *servitus oneris ferendi* il dritto di appoggiare un edifizio sul muro o pilastro del vicino (7), nella qual servitù colui al quale è dovuta dee provvedere al puntellamento del suo edifizio, che potrà divenir necessario durante una riparazione (8), ma il proprietario del muro dee provvedere al mantenimento del medesimo, quando nol voglia piuttosto abbandonare (9), il che dopo lungo dubitare dovè la prima volta essere ammesso sull'autorità di Servio Sulpizio (10), sebbene ciò non si possa strettamente dire una deviazione dalla regola *servitus in*

(24) § 2. J. *de serv.* (2. 3.) L. 1. § 1. L. 3. pr. § 1. 2. L. 4. L. 5. § 1. L. 6. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 9. § 7. D. *de usufr.* (7. 1.

(25) L. 3. pr. L. 5. § 1. L. 6. pr. D. de S. P. R. (8. 3.)

(1) L. 7. D. *de servit.* (8. 1.) L. 1. pr. § 4. 8. D. *de cloacis* (43. 23.); Caj. Egit. II. 1. § 3.

(2) L. 2. pr. D. de S. P. R. (8. 3.)

(3) L. 2. L. 17. § 3. 4. L. 20. § 2-6. L. 21. D. de S. P. U. (8. 2.)

(4) L. 2. D. *eod.* § 1. J. *de servit.* (2. 3.)

(5) Theoph II. 3. § 1.

(6) L. 2. D. cit. L. 8. § 1. 2. L. 14. pr. D. *si serv.* (8. 5.) L. 242. § 1. D. de V. S. (50. 16.)

(7) § 1. J. *de servit.* (2. 3.) L. 33. D. de S. P. U. (8. 2.)

(8) L. 8. pr. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(9) L. 6. § 2-5. L. 7. D. *eod.* L. 33. D. de S. P. U. (8. 2.)

(10) L. 6. § 2. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

faciendo consistere nequit (11), se si ponga mente che il muro di sostegno qui non è un opera di apparecchio fatta per la servitù, ma è la stessa cosa serviente, e che il proprietario lasciando cadere il muro (12) per la sua inerzia. trasgredirebbe la sua obbligazione di non porre ostacolo alla servitù (13). 5) La *servitus projiciendi vel protegendi*, cioè il dritto di fare protendere un edifizio, o una tettoja nello spazio d'aria del vicino (14). Non pertanto la *servitus protegendi* può appartenere anche ad un suolo senza edifizi nel qual caso viene annoverata alle servitù rustiche (15). 6) La *servitus fumi* cioè il dritto di far diffondere il fumo o vapore in un modo gravoso al vicino (16). 7) La *servitus luminum* s. *fenestrarum*, cioè il dritto di aprire una finestra in un luogo dove il vicino non sarebbe altrimenti tenuto di lasciarla aprire (17).

2.° Al contrario appartengono alle servitù urbane negative 1) la *servitus ne luminibus officiatur*, la quale spesso chiamasi anche *servitus luminum*, e consiste nel dritto d'impedire ogni opera che possa togliere il lume alle finestre di un edifizio (18); 2) la *servitus ne prospectui officiatur* s. *prospiciendi* allorchè non si può fare alcuna cosa che impediaca la libera veduta ad una casa (19); 3) la *servitus nil positum habere*, quando uno spazio senza edifizii dee rimanere interamente libero (20), e 4) la *servitus altius non tollendi* allorchè alcuno può proibire al vicino d'innalzare un edifizio, o di edificare in un luogo, dove ne avrebbe altrimenti la facoltà (21). Unitamente a questa si parla

(11) V. § 180. Nota 6.

(12) In parte di altra opinione sono *Muhlenbruck* nell'Arch. per la prat. civ. vol. XV. p. 321.; *Hoffmann* l. c. § 34.

(13) L. 20. D. *de servit*. (8. 1.)

(14) L. 2. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 29. § 1. D. *ad leg. Aquil*. (9. 2.) L. 242. § 1. D. de V. S. (50. 16.)

(15) L. 2. pr. D. de S. P. R. (8. 3.)

(16) L. 8. § 5-7. D. *si serv. vind*. (8. 5.) L. 44. D. *de in jur*. (47. 10.)

(17) L. 4. L. 40. D. de S. P. U. (8. 2.); Caj. Epit. II. 1. § 3.; L. 8. C. *de servit*. (3. 34.) Confr. con Harmenopulus Promptuar. jur. II. 4. § 35. 55.; A. *Lahne*. Il dritto di finestra e di lume. Berlino 1835. 8. p. 11. seg.

(18. Caj. II. 31. § 1. J. *de servit*. (2. 3.) L. 4. L. 15. L. 16. L. 17. pr. § 1. 2. L. 22. L. 23. D. de S. P. U. (8. 2.)

(19) § 4. J. *de action*. (4. 6.) L. 3. L. 12. L. 15. L. 16. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 5. pr. D. *de op. nov. nunt*. (39. 1.)

(20) L. 17. § 1. D. *si serv. vind*. (8. 5.)

(21) Caj. II. 31. § 1. J. *de servit*. (2. 3.) L. 4. L. 12. L. 21. L. 32. pr. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 15. D. *de op. nov. nunt*. (39. 1.) L. 4. § 29. D. *de usurp*. (41. 3.)

anche di un *jus altius tollendi* (22), il quale in differenti rapporti può formare un dritto proprio: A. il dritto di edificare sopra un suolo, che altrimenti si dovrebbe lasciar libero, il quale chiamasi *servitus praedii rustici*, perchè qui il dritto nella sua origine viene acquistato ad un suolo senza edifizi (23); B. il dritto di poter più innalzare, quando venga a limitare una *servitus altius non tollendi* già acquistata (24), e C. ed il dritto ottenuto per consenso del vicino di oltrepassare l'altezza degli edifizi determinata da disposizioni di legge (25).

IV. MEZZI GIURIDICI PER LA PROTEZIONE DELLE SERVITU':

§ 187. Per far valere e garentire le servitù si dà

1.° *L'actio confessoria* (1) azione *in rem*, il cui uso vien perciò anche indicato comunemente come un *vindicare servitutem*, e la quale può proporsi non solamente per una violazione effettiva o un pregiudizio della servitù, ma anche per una semplice impugnazione della medesima (2), sebbene in quest'ultimo caso il possessore sia in istato di attender senza danno l'*actio negatoria* (3). Il suo scopo principale è il riconoscimento della servitù mediante una sentenza (4). Ma nel tempo stesso essa tende eziandio al risarcimento del danno (5), e ad una cauzione contro una ulteriore molestia (6). Nella *servitus oneris ferendi* tende inoltre anche alla riparazione del muro di sostegno (7), e nelle servitù personali anche alla consegna della cosa serviente, nel qual caso essa prende interamente la natura di una *rei vindicatio* tan-

(22) Caj. II. 31. IV. 3.; § 2. J. de act. (4. 6.) L. 2. L. 21. L. 27. § 1. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 2. pr. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 26. pr. D. *de except. rei jud.* (44. 2.); Fragm. Vat. § 53.; Theoph. II. 3. § 1.

(23) L. 27. § 1. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 2. pr. L. 20. pr. D. de S. P. R. (8. 3.)

(24) L. 20. pr. D. *eod.* L. 26. pr. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.); Fragm. Vat. § 53.

(25) L. 12. § 1. 4. C. *de aedif. priv.* (8. 10.)

(1) *Veltheim* de act. confess. et negat. Kil. 1822. 4. Confr. sopra § 162. Nota 1.

(2) Caj. IV. 2.; § 2. J. *de act.* (4. 6.) L. 5. pr. § 6. L. 6. D. *si ususfr. pet.* 7. 6.) L. 2. pr. § 1. L. 6. § 3. L. 8. § 3. L. 10. § 1. D. *si serv. vind.* (8. 5.) L. un. § 3. D. *de remissione* (43. 25.)

(3) L. 6. § 1. L. 8. § 3. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(4) L. 8. § 4. D. *eod.*

(5) L. 4. § 2-6. L. 6. § 2-7. L. 7. D. *eod.* L. 5. C. *de serv.* (3. 34.)

(6) L. 7. L. 12. D. *eod.*

(7) L. 6. § 2. L. 8. pr. § 2. D. *eod.*

to per rispetto alla stessa cosa principale, quanto per rispetto a
stazioni accessorie (8). È indifferente poi chi dia occasione a q
zione (9); solo s' intende da se che nella *servitus oneris ferend*
parazione del muro di appoggio, solo dal proprietario (10), e ne
vitù personali la consegna della cosa serviente, solo dal vero o fi
sessore può esser richiesta (11). Se l' avversario non si può tr
allora vien data all'attore a sua richiesta l' immissione nel p
de'beni di lui, finchè restituisca il possesso della servitù e rist
t' i danni (12), e se il convenuto presente non voglia accettar
l'attore dee subito rispetto a lui riconoscersi come possessor
servitù, ed il convenuto dee prestar cauzione di non arrecare u
molestia (13). Perciò nelle servitù personali per analogia del
detto *quem fundum*, che ha luogo nella revindicazione, compet
terdetto *quem usumfructum* per la tradizione della cosa (14). M
in caso che si assuma la difesa della lite, può nelle servitù pers
mandarsi una cauzione per gli utili durante il giudizio, o pure la
soria consegna della cosa (15). Solamente, l'attore non viene all
pensato dalla pruova del suo dritto che è sempre a suo carico, t
il convenuto si fa a contrastarlo. 1) In tutti i casi questa pruov
aggirarsi sul fondamento della servitù (16), al che negli acqui
vativi si aggiunge anche la dimostrazione che il suo autore abbi
il dritto di costituire la servitù, salvo quando siasi fatta la tradiz
possesso della servitù, nel qual caso per applicazione analoga de'
dell'azione Publiciana l'attore debb'esser riguardato e protetto c
nae fidei possessor servitutis, finchè l'avversario dimostri che l'aut
abbia avuto alcun dritto (17). 2) Nelle servitù reali l'attore per legi
la sua azione deve anche provare o la proprietà sul fondo dominan

(8) L. 5. § 3-6. L. 6. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 60. § 1. D. *de usufr.*
(9) L. 5. § 1. D. *eod.* L. 10. § 1. D. *si serv. vind.* (8. 5.) L. 60. § 1.
sufr. (7. 1.)
(10) L. 6. § 3. D. *si serv. vind.* (8. 5.)
(11) L. 5. § 5. L. 6. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.)
(12) L. 18. D. *eod.*
(13) L. 15. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.) L. 7. D. *de aqua quotid.* (43.
(14) Fragm. Vat. § 92. 93.
(15) L. 60. § 1. D. *de usufr.* (7. 1.)
(16) L. 10. pr. D. *si serv.* (8. 5.) L. 7. L. 9. C. *de servit.* (3. 34.)
(17) L. 11. § 1. D. *de publ. act.* (6. 2.) L. 1. pr. L. 3. D. *quib. mod.*
6.) L. 1. § 2. D. de S. P. R. (8. 3.)
(18) L. 2. § 1. L. 6. § 3. D. *si serv. vind.* (8. 5.). Nondimeno non è nec
proprietà esclusiva di un solo L. 6. § 4. D. *eod.*

o almeno un dritto tale sopra di esso che la servitù lo interessi (19). Pertanto non può rivocarsi in dubbio che anche in questo rapporto la teorica dell'azione Publiciana sia da applicarsi per analogia, e quindi anche il *bonae fidei possessor* del fondo dominante abbia dritto all' azione.

2.° Il possessore di una servitù, fatta astrazione se egli abbia effettivamente un dritto o no, può far uso in più casi anche degl'interdetti possessorii. 1) Il possessore di una servitù personale per quelle tali molestie, dalle quali nel possesso delle cose risultano gl' interdetti *retinendae et recuperandae possessionis* può valersi parimenti di siffatti interdetti (20), giacchè il suo possesso presuppone la detenzione corporale della cosa serviente (21), e questa appartiene a quei casi di detenzione pei quali gl'interdetti possessorii son dati (22). Nondimeno prima che si fosse ammessa questa estensione degl'interdetti possessorii, il pretore avea dato ai possessori di servitù personali un particolare interdetto *de usufructu* (23), il quale però nel suo scopo e nelle condizioni si accordava essenzialmente con gl'interdetti possessorii, e quindi condusse all'estensione de' medesimi precisamente per questo che esso non era altro che un interdetto *de vi* sotto altro nome. 2) Pel possesso delle servitù reali s' incontrano degl' interdetti possessorii particolari *interdicta velut possessoria* (24), però solo per le servitù delle acque e di passaggio, e per lo più anche con la limitazione che la semplice esistenza del possesso non è sufficiente, ma è mestieri che questo sia di già durato per qualche tempo (25). A. Si rapportano alle servitù di passaggio: a) l' interdetto *de itinere actuque privato* per l' arbitraria

(19) L. 1. pr. L. 5. § 1. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 16. D. *de servit.* (8. 1.) L. 1. L. 2. § 2. D. *si serv. vind.* (8. 5.) L. 1. § 20. L. 2. L. 3. § 3. L. 9. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.) L. un. § 4. 5. D. *de remiss.* (33. 25.)

(20) Per *l' interdictum de vi* lo dimostrano le L. 3. § 13-17. L. 9. § 1. L. 10. D. *de vi* (43. 16.) L. 27. D. *de donat.* (39. 5.) L. 60. pr. D. *de usufr.* (7. 1.), per l' *interdictum de precario* le L. 12. § 2. D. *eod.* L. 2. pr. D. *de precar.* (43. 26.), e per l' *interdictum uti possidetis* la L. 4. D. *uti possid.* (43. 17.)

(21) V. § 181. n. VIII.

(22) V. § 155.

(23) Fragm. Vat. § 91.; L. 27. D. *de donat.* (39. 5.) L. 25. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.). È da notarsi che mentre tutt' i compendii conoscono l' *interdictum de superficiebus*, nessuno riguarda l' *interdictum de usufructu* che a quello è simile, sebbene quello non abbia alcuna maggiore importanza.

(24) L. 20. D. *de servit.* (8. 1.); Caj. IV. 139.

(25) Probabilmente nella L. 2. § 2. D. *de interd.* (43. 1.) Paolo vuol far notare ciò, la qual cosa egli fa con poca avvedutezza.

turbativa di una servitù di passaggio e si da per vietare una t
turbativa, e pel risarcimento del danno (26), ma qui devesi dim
che la pretesa servitù nell'ultimo anno precedente alla turbativa
ta esercitata almeno trenta volte (27), e si ammettono le eccez
l'uso del passaggio non abbia avuto luogo che *vi*, *clam*, o *pre*
senza intenzione di esercitare una servitù (28); b) l' interdett
nere vel actu reficiendo per l' impedita riparazione della strada
sotto le medesime condizioni perchè si permetta di ripararla (2
riferiscono poi alle servitù delle acque: a) l'interdetto *de aqua q*
na per la turbativa di un acquedotto di cui alcuno continua
serve, allorchè questo per l'intero anno precedente alla turbativ
sul fondo, e non è stato eseguito *vi*, *clam*, *o precario* (30); b)
detto *de aqua aestiva* per la turbativa di un acquedotto che se
mente in certe stagioni dell'anno, le cui condizioni sono più ris
quanto che si richiede soltanto che l'acquidotto sia esistito dura
tima stagione (31); c) l'interdetto *de aqua ex castello* per l'impe
bilimento di un acquidotto per trar l' acqua da un pubblico s
castellum (32), ma in ciò l'attore dee dimostrare un permesso
mente avuto per far l'acquidotto, e però qui non vien protetto s
mente il possesso, ma viene stabilito nel tempo stesso il dritto
l' interdetto *de rivis* per l'impedita riparazione o nettamento d
quidotto, per cui basta parimente che l'acquidotto sia esistito
clam, o *precario* durante l'ultimo anno o l'ultima stagione in c
poteva usare (34); e) l'interdetto *de cloacis* per l'impedita ripar
nettamento di una cloaca (35), per cui si dee solo provare l'e
della cloaca senza riguardo al tempo, e non si ammette neppur
zione *quod vi*, *clam*, *precario* (36); f) l'interdetto *de fonte* per l
lo esercizio di una *servitus aquae haustus*, o di abbeveramento

(26) L. 1. L. 2. L. 3. pr. § 1-10. D. *de itin. act. priv.* (43. 19.)
(27) L. 1. § 2. D. *eod.* L. 1. § 3. D. *si serv. vind.* (8. 5.). Alquanto va
nione di *Althof* L' interd. *de itin. actuque priv.* Rinteln 1836. 8. Conf. No
(28) L. 1. pr. § 6. 9. 11. 12. L. 7. D. *de itin. act. priv.* (43. 19.)
(29) L. 3. § 11-16. L. 4. L. 5. L. 7. L. *eod.*
(30) L. 1. pr. § 1-28. D. *de aqua quotid. et aestiva* (43. 20.)
(31) L. 1. § 29-37. L. 6. D. *eod.*
(32) L. 1. § 38-44. D. *eod.*
(33) L. 1. § 45. D. *eod.*
(34) L. 1. pr. § 9. L. 4. D. *de rivis.* (43. 21.)
(35) L. 1. pr. § 1-14. D. de *cloacis* (43. 23.)
(36) L. 1. § 7. D. *eod.*

mali (37), il quale per rispetto alla servitù di passaggio (38), che in essa si contiene, si dee regolare secondo i principi sugl'interdetti relativi alle servitù di passaggio; g) l'interdetto *de fonte reficiendo* per l'impedita riparazione o nettamento di una fonte, della quale siasi goduto per attinger acqua (39), per cui vi è la medesima analogia. Dal possesso di altre servitù reali non solo non deriva alcun proprio interdetto (40), ma per esso non hanno nemmeno applicazione gl'interdetti relativi al possesso di cose (41), e però per la turbativa di siffatte servitù può promuoversi soltanto l'*actio confessoria*, il che ha lo svantaggio che per poterne fare uso è necessario che sia possibile di dimostrare il dritto effettivo. Nondimeno in certe circostanze possono aver luogo anche altre azioni (42).

V. ACQUISTO DELLE SERVITU'.

1) *Per la volontà privata.*

§ 188. Per regola generale tutte le servitù possono acquistarsi nella stessa guisa (1). Ma più di frequente risultano dalla volontà privata, e precisamente:

1.° *Per convenzione*, la quale presuppone da parte del concedente la facoltà di alienare (2), e per le cose comuni, il consenso di tutt' i comproprietari, non solo allorchè la cosa sulla quale una servitù è costituita appartiene a più (3), ma anche quando il fondo, al quale una servitù reale si concede, ha più padroni (4). Il dritto civile antico conteneva inoltre parecchi principi limitativi, che in processo di tempo furono in parte mitigati, ed in parte interamente messi da banda. 1) Nelle servitù reali le condizioni e i termini erano al tutto inefficaci,

(37) L. un. pr. § 1-6. D. *de fonte* (43. 22.)

(38) L. 2. § 3. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 10. D. de S. P. U. (8. 2.)

(39) L. un. § 6-11. D. *de fonte* (43. 22.)

(40) L'*interdictum quod vi aut clam*. può del tutto esser fondato sopra ciascuna servitù, ma ciò ha un altro fondamento. V. § 214.

(41) Di altra opinione è *Thibaut* nell'Arch. per la prat. civ. vol. I. p. 111 seg. Veggasi per contrario *Cujacius* comm. ad tit. D. *de usurp. ad leg.* 4. (Op. T. I. p. 1116.); *Savigny* Dritto del possesso § 46.; Il mio articolo nell'Arch. per la prat. civ. vol. XX. p. 24.

(42) L. 15. D. *de aqua et aqua pluv.* (39. 3.)

(1) L. 3. § 3. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 5. pr. D. *de servit.* (8. 1.)

(2) L. 7. C. *de reb. al. non alienand.* (4. 51.); Fragm. Vat. § 45.

(3) L. 2. D. *de servit.* (8. 1.) L. 11. L. 19. L. 34. pr. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 6. § 1. 2. L. 18. D. *comm. praed.* (8. 4.)

(4) L. 5. L. 6. pr. L. 18. D. *eod.* L. 140. § 2. D. de V. O. (45. 1.)

mentre la teorica più recente approvata, anche da' Sabiniani per questo la *exceptio doli* contro la servitù (5). 2) Da princi il vero proprietario poteva costituire una servitù, mentre al co più tardi tutte le servitù costituite sopra cose appartenenti a monio del concedente furono mantenute come *servitutes tuitio toris* (6), ed in un certo senso anche quelle che un semplice po re della cosa serviente avea concedute (7). 3) Parimente ne' te tichi le servitù reali potevano costituirsi solo all' effettivo prop del fondo dominante; ma anche per questo rapporto furono a delle somiglianti estensioni (8). 4) Finalmente il diritto civile r va anche nelle convenzioni di servitù una certa forma determi forma più antica era la mancipazione, il perchè le servitù rus aveano come *res mancipi*, la qual cosa ci mena a conchiudere ch ma in Roma soltanto queste servitù erano in uso (9). Ma da ch minciò a stabilire anche delle altre servitù si adoperò a quest *in jure cessio*, che era una apparente applicazione dell'*actio con* e questa divenne la forma generale espressamente confermata n Tavole, sebbene per le servitù rustiche continuasse tuttavia mettersi la mancipazione (10). Del resto al diretto stabilimen servitù per mezzo di tali forme si agguagliava il caso quando consegna di una cosa mediante la mancipazione o la *in jure c* riserbava sopra di essa una servitù (11), il che di poi fu amm che nella semplice tradizione di cose (12). Ma l'ammissione d vitù sopra i fondi provinciali condusse ad una novella forma d tuirle *per pacta et stipulationes*, giacchè quì le antiche form non potevano avere veruna applicazione (13). Questa forma n sisteva in altro che nell'accordo *pactio* intorno al come e al servitù dovesse aver luogo, con l'aggiunta di una pena conve *stipulatio poenae* pel caso che il concedente o i suoi successo

(5) L. 4. p. D. *de servit.* (8. 1.); Fragm. Vat. § 48-50.

(6) Caj. II. 31.; L. 3. C. *de servit.* (3. 34.) L. 1. pr. D. *quib. mod. usu* L. 1. § 9. D. *de superfic.* (43. 18.); Fragm. Vat. § 61.

(7) V. § 187. Nota 17.

(8) Caj. II. 31.; L. 16. D. *de servit.* (8. 1.)

(9) Ulp. XIX. 1.

(10) Caj. II. 28-33.; Ulp. XIX. 11.; Fragm. Vat. § 45-50.

(11) Caj. II. 33.; Fragm. Vat. § 47. 50. 51. 80.

(12) L. 5. D. *de usufr. accr.* (7. 2.) L. 35. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 3 de S. P. R. (8. 3.). Qui veramente potrebbe esservi stato *in jure cessio* prat sersi interpolato dai compilatori *traditio praedii*. Veggasi Fragm. Vat. § 47.

(13) Caj. II. 31. Confr. L. 3. pr. D. *de usufr.* (7. 1.)

sero collocate alla servitù (14), dipoi questa forma più semplice a poco a poco s' introdusse eziandio tra i Romani (15), ed in fine le antiche forme andarono totalmente in disuso (16). Per ciò che si attiene a queste ultime s' intende da se che, fintanto che rimasero in uso, non vi fu mestieri di alcuna tradizione della servitù (17); ma anche nello stabilimento *per pacta et stipulationes* la tradizione continuò a non esser necessaria (18), sebbene l'adoperarla assicurasse de' vantaggi (19). Non si vuol confondere con l' immediato stabilimento della servitù *per pacta et stipulationes* la *stipulatio servitutis*, cioè il caso quando vien convenuto di costituire posteriormente una servitù (20), giacchè da

(14) Theoph. II. 3. § 4. Confr. con L. 33. pr. L. 36. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 4. § 1. L. 38. § 6. 10. 11. 12. L. 49. § 1. L. 111. L. 130. D. de V. O. (45. 1.). È una falsa idea quando *Hasse* nel Museo Renano vol. 1. p. 64., ed *Haertel* Diss. de servit. per pacta et stipul. constit. Lips 1828. 4. prendono qui disgiuntivamente *pactum et stipulatio*, che soltanto indica il contratto principale non una pena convenzionale; come se si fosse avuta la scelta di conchiudere la convenzione o come un *pactum* senza formalità giuridiche, o come una formale *stipulatio*; imperocchè la stipulazione non fu mai altro che una forma per le convenzioni obbligatorie, alle quali appartiene certamente anche la promessa di una pena convenzionale. Non si oppongono le L. 25. § 7. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 33. § 1. D. de S. P. R. (8. 3.). Nell'ultimo passo si parla di una convenzione accessoria inserita nella *pactio* o *stipulatio poenae*, e quindi in questo luogo il *vel* ha potuto essere adoperato per *et*.

(15) L. 3. § 2. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 33. § 1. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 20. D. *de servit.* (8. 1.) L. 3. pr. L. 25. § 7. D. *de usufr.* (7. 1.)

(16) § 4. J. *de servit.* (2. 3.) § 1. J. *de usufr.* (2. 4.). Nella L. 3. pr. D. *eod.* in cui Cajo di già nomina il *pactum et stipulatio* come le sole forme di costituire una servitù, evidentemente da prima dev' esservi stato *mancipatione vel in jure cessione vel pactionibus et stipulationibus*. Confr. *Cujacii* Observ. XI. 36.

(17) Giacchè anche il trasferimento della proprietà mediante queste forme non richiedeva alcuna tradizione. Caj. I. 121. IV. 131.

(18) Caj. II. 28.; Fragm. Vat. § 47., L. 3. § 2. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 48. 43. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.). L. 14. C. *de usufr.* (3. 33.). Che questi passi non voglian dire che la tradizione sia impossibile, ma soltanto che non sia necessaria, risulta evidentemente da ciò che ad ogni modo si dà una tradizione delle servitù (§ 184. Nota 29. § 184. Nota 34.), e che nella L. 25. § 7. D. *de usufr.* (7. 1.) vien distinto l' *ususfructus traditus* e *per stipulationem constitutus*. Di altra opinione sono *Zimmern* nell' Arch. per la prat. civ. vol. VII. n. 17.; *Franke* tratt. civ. Gottingen 1826. 8. n. 3. Veggasi per contrario *Schmidtlein* Diss. de servit. per pacta constitutis. Goett. 1828. 8.; *Michelsen* nell' Arch. per la prat. civ. vol. VIII. n. 14.; *Schmidtlein* quivi vol. XII. n. 4.; Hasse l. c.; *Haertel* l. c.; *Hoffmann* l. c. § 79. seg.

(19) V. § 187. Nota 17.

(20) L. 2. § 1. 2. L. 58. L. 72. pr. L. 75. § 3. L. 98. [illegible] L. 126. § 1. L. 136. § 1. L. 140. § 2. D. de V. O. (45. 1.) L. 13. § 1. D. *de acceptil.* (46. 4.) L. 27. § 4. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 11. L. 17. D. *de servit.* (8. 1.) L. 19. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 25. § 9. 10. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 16. pr. C. *de usufr.* (3. 33.)

ciò non nasce ancora la servitù medesima, ma soltanto un'obb[illegible] a doverla costituire (21), e per l'adempimento di siffatta obb[illegible] deve assolutamente seguir la tradizione almeno quando la [illegible] non siasi anche espressamente costituita (22).

2.° *Per legato* (23) nel qual caso per rispetto alle persone si [illegible] no del pari i principii che valgono per le servitù convenzionali [illegible] rispetto alle condizioni ed ai termini pare che di già fossero a[illegible] anche nell'antico dritto (24). Qui le servitù reali nascono subit[o che il] testatore è morto (25), ma le personali soltanto dopo che l'er[edità] è adita (26), mentre al contrario in queste la tradizione della c[osa deve] chiedersi dagli eredi (27). Si può riguardar come un legato i[mplicito] di una servitù il ritenersi che il legato di una casa contenga ne[llo] stesso la *servitus ne luminibus officiatur* sui fondi dell'erede, [se] questi si trovano in una certa vicinanza che rende necessaria l[a servi]tù (28), che l'erede debba sempre prestare la via necessaria per [l'accesso] alla cosa legata (29), e che nel legato di una servitù personale [sopra] un fondo vi si comprenda il passaggio che il testatore soleva es[ercitare] sopra gli altri fondi a lui appartenenti (30).

(21) L. 3. pr. D. de O. et A. (44. 7.) Confr. con L. 27. § 4. L. 87. D. [illegible] (7. 1.) L. 19. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 7. § 1. D. *de stip. serv.* (45. 3.) L. 2[illegible] 120. § 1. D. de V. O. (45. 1.)

(22) L. 20. D. *de servit.* (8. 1.) L. 16. D. *si serv. vind.* (8. 5.). Nella c[illegible] una servitù lo stesso contratto di vendita viene già riguardato come la *pactio* [illegible] *te*, cosicchè non vi si deve aggiungere che la *stipulatio poenae* L. 20. D. cit. [illegible] D. *de act. empti* (19. 1.); ma ciò non ha luogo nella *stipulatio servitutis.*

(23) Tit. Dig. *de usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per leg[atum vel] fideicommissum datis* (33. 2.); tit. D. *de servitute legata* (33. 3.) § 4. J. [illegible] (2. 2.)

(24) Fragm. Vat. § 44. 48. 49. 50. 62.; L. 18. in fine D. *comm. praed.* [illegible] L. 3. D. *de serv. leg.* (33. 3.)

(25) L. 5. § 1. D. *quando dies* (36. 2.) L. 35. pr. D. *de usufr.* (7. 1.) [illegible] 2. 4. D. *quando dies ususfr. legati ced.* (7. 3.) L. 18. D. *quib. mod. ususf.* [illegible]

(26) L. 2. L. 3. L. 5. § 1. L. 9. L. 14. pr. D. *quando dies* (36. 2.) L. [illegible] *usu et usufr. leg.* (33. 2.); Fragm. Vat. § 44. 55. 60. 62.

(27) L. 3. pr. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 6. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(28) L. 10. D. de S. R. U. (8. 2.) L. 30. D. *de usufr.* (7. 1.)

(29) L. 44. § 9. D. *de legat.* I. (30.) L. 15. § 1. D. *de usu et usufr.* (33. [illegible] § 3. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 2. § 2. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(30) L. 15. § 1. D. cit. L. 41. pr. D. de S. P. U. (8. 2.)

c) *Altri casi.*

§ 189. Ne' due casi precedenti lo stabilimento della servitù poggia sulla volontà del padrone della cosa serviente. Ma una servitù può nascere anche senza volontà di lui.

1.° Per *Aggiudicazione.* Nelle azioni di divisione in caso di bisogno il giudice ha pure questa facoltà che per accomodamento delle parti, nel dare ad una la cosa comune, attribuisca all'altra delle servitù sulla medesima, le quali allora si acquistano tostochè la sua decisione è venuta ad aver la forza di giudicato (1).

2.° Per *Prescrizione.* Per verità il dritto Romano più recente riconosce tuttora l'usucapione solo come un modo di acquisto della proprietà (2); ma siccome l'antico dritto le attribuiva un campo più vasto (3), ed anche la *quasi possessio servitutum* senza dubbio di già apparteneva all'antico dritto civile (4), così non vi è una ragione sufficiente di trovare arrischiato l'avviso che da principio anche le servitù si fosser potute acquistare per l'esercizio durante il tempo dell'usucapione, e che una *lex Scribonia* avesse ciò abolito (5). Forse anche di poi fu ammessa tuttora l' usucapione per ricuperare le servitù perdute, almeno nella perdita pel non uso (6); ma dopo la *lex Scribonia* lo stabilimento di una nuova servitù non potè assolutamente avvenire se non per la prescrizione immemorabile (7), finchè non fu ammessa la *longi temporis*

(1) L. 6. § 1. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 22. § 3. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 6. § 10. L. 7. § 1. L. 18. D. *comm. div.* (10. 3.); Fragm. Vat. Fragm. Vat. § 47-49.

(2) L. 14. pr. D. *de servit.* (8. 1.) L. 43. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 44. § 5. D. *de usurp.* (41. 3.)

(3) Ciò dimostra l' *usus mulierum* (§ 106.), l' *usucapio libertatis* (§ 190. n. VI.), e l' *usucapio hereditatis* che anticamente avea luogo; Caj. II. 54.

(4) In questo senso si può argomentare da ciò che nei *jura in re* più recenti non s'incontra nulla di ciò.

(5) L. 4. § 29. D. *de usurp.* (41. 3.). È in parte di altra opinione *Lohr* nel Mag. per la legislazione e giurisprudenza vol. III. p. 120. seg. Del rimanente non mi pare che si possa rinvenirne una conferma presso Cic. pro Caecina c. 26. Per contrario la *publiciana confessoria actio* (185. Nota 17.) ci offre un importante appoggio, essendochè l' *actio publiciana* conformemente all' Editto non dovea aver luogo se non quando l' usucapione era possibile, dal che possiamo parimenti conchiudere che l' applicazione della *publiciana actio* alle servitù era già in uso prima della *lex Scribonia*.

(6) Paolo S. R. I. 17. § 2. « Servitus hauriendae aquae vel deducendae, biennio omissa intercidit, *et biennio usurpata recipitur* » . Confr. § 190. Nota 47.

(7) L. 1. § 23. L. 2. pr. § 1. 7. L. 26. D. *de aqua et aqua pluv.* (39. 3.) L. 5.

praescriptio. Secondo il suo principio (8) dovè questa essere ammissibile anche contro l'*actio negatoria.* Intanto la cosa non rimase qui, ma si riguardò la servitù esercitata *per longum tempus* come acquistata *tuitione praetoris*; cosicchè essa potevasi anche far valere per una *utilis confessoria actio* (9). Per verità si allega come condizione di questa prescrizione soltanto che l'esercizio della servitù non sia stato *vi*, *clam*, o *precario* (10), ma nondimeno se non dovessero anche qui aver luogo (11) le generali condizioni del possesso di servitù, e della *longi temporis praescriptio*, cioè la determinata intenzione di esercitare una servitù (12), e l'acquisto del possesso in buona fede, ciò avrebbe dovuto espressamente esser detto (13); per conseguenza la *longi temporis praescriptio* è applicabile solo alle servitù di cui si è fatta la tradizione, e serve solo a supplire alla mancanza di dritto dell'autore (14), in caso contrario non vi rimarrebbe più luogo alla prescrizione immemorabile (15). L'acquisto di una servitù altrui mediante la prescrizione non ha altrimenti luogo che quando il fondo, al quale una servitù reale appartiene, è stato acquistato per usucapione (16).

5.° *Immediatamente per legge.* Solo nell'usufrutto s'incontra che questo talvolta ha luogo da se stesso, senza che sia necessario un atto costitutivo del medesimo, o la prescrizione (17). Alcuni di questi casi han dovuto già innanzi esser menzionati (18), gli altri saranno anche indi-

§ 3. D. *de itin. act. priv.* (43. 19.) L. 3. § 4. D. *de aqua quotid.* (43. 20.) L. 7. C. *de serv.* (3. 34.)

(8) V. § 74. n. III.

(9) L. 10. pr. D. *si servitus* (8. 5.) L. 1. L. 2. C. *de servit.* (3. 34.) L. 12. in fine C. *de praescr.* l. t. (7. 33.)

(10) L. 10. pr. D. *si servit.* (8. 5.) L. 1. C. *de servit.* (3. 34.)

(11) V. § 180. Nota 10.

(12) V. § 74. Nota 38.

(13) Questi requisiti esattamente parlando sono richiesti nella L. 25. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.) L. 12. C. *de praescr.* l. t. (7. 33.)

(14) L. 2. C. *de servit.* (3. 34.); Besseler nell' Arch. per la prat. civ. vol. XIII. n. 19.

(15) S'intende da se che questa non si può estendere all'esercizio che siasi fatto *vi*, *clam*, *precario*, e nella L. 1. § 23. D. *de aqua et aqua pluv.* (39. 3.) espressamente è detto; che poi essa abbia luogo anche secondo il nuovo dritto lo mostra in ispezialtà la L. 7. C. *de servit.* (3. 34.)

(16) L. 10. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.)

(17) L. 1. L. 2. C. *de bon. mat.* (6. 60.) L. 1. L. 2. L. 4. L. 6. L. 8. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) § 1. J. *per quas pers.* (2. 9.) L. 3. C. *de bon. mat.* (6. 60.) Nov. 53. c. 6. Nov. 117. c. 5. Nov. 98. c. 1, Nov. 117. c. 8. 9. 13. Nov. 127. c. 3. L. 4. L. 5. C. *de sec. nupt.* (5. 9.) Nov. 22. c. 23-26.

(18) V. sopra § 94. n. II.; § 113.; § 116. n. I. 2.

cati non sarà il luogo di trattarne. Del rimanente anche nelle servitù valgono i principii sull'acquisto per mezzo di coloro che son sotto la potestà di alcuno (19). Solamente, il legato di una servitù reale fatto ad essi, allora semplicemente è valido quando il fondo dominante appartiene al loro peculio, mentre per le servitù costituite per convenzione è sufficiente che il loro padrone abbia il fondo (20).

VI. PERDITA DELLE SERVITU' (*):

1) *Cause comuni di estinzione.*

§ 190. Alcune cagioni di estinzione riguardano solo le servitù personali, o le reali; ma son cagioni di estinzione comuni a tutte le servitù:

1. Una valida rinunzia per convenzione col padrone della cosa serviente (1), la quale può farsi non solo dai possessori di servitù personali, del pari che dai proprietari del fondo dominante, nelle servitù reali, ma per una servitù di passaggio appartenente ad un sepolcro, anche dagli eredi del morto quivi seppellito (2). Vien riguardato come rinunzia indiretta 1) quando il possessore di una servitù personale A. o la cede allo stesso proprietario (3), B. o a richiesta del proprietario gli permette l'alienazione della cosa, o zittisce nella *noxae datio* della medesima (4), e 2) quando nelle servitù reali viene espressamente permessa al proprietario della cosa serviente qualche cosa che impedisce per sempre l'esercizio della servitù (5). Le servitù personali possono anche

(19) L. 17. C. *de usufr.* (3. 33.) L. 6. § 2. 3. L. 74. D. *eod.* (7. 1.) L. 1. L. 2. D. *de usufr. accr.* (7. 2.) L. 18. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 12. D. *de serv.* (8. 1.)

(20) L. 17. § 1. D. *de leg.* III. (32.) L. 5. D. *de serv. leg.* (33. 3.); Fragm. Vat. § 57. Confr. con L. 17. D. *de stip. serv.* (45. 3.)

(*) *Bucholz* Saggi n. 17.

(1) L. 21. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 34. pr. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 17. D. *comm. praed.* (8. 4.) Confr. appresso § 191. Nota 13.

(2) L. 14. § 1. D. *de servit.* (8. 1.) Confr. con L. 3. § 9. L. 6. L. 10. D. *de sepulchro viol.* (47. 22.) L. 4. § 21. D. *de fideicomm. lib.* (40. 5.) L. 42. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 20. § 5. D. *de hered. petit.*? (29. 2.). Per le servitù reali nondimeno un divieto di alienare relativamente al fondo dominante esclude anche l'abbandono della servitù L. 5. D. *de fundo dot.* (23. 5.)

(3) Paul. S. R. III. 6. § 28. 32. Ulp. XIX. 6. L. 66. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 29. § 1. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) § 3. J. *de usufr.* (2. 4.); *Pagge* nel Museo Renano vol. 1 p. 248. seg.

(4) L. 4. § 12. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 27. pr. D. *de nox. act.* (9. 4.)

(5) L. 17. D. *commun. praed.* (8. 4.) L. 8. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.) Confr. con L. 5. D. de S. P. U. (8. 2.)

abbandonarsi in parte (6), ma le reali o interamente o per nulla, e da ciò segue anche che quando il fondo dominante o serviente appartiene a più in comune, tutti debbono prender parte alla convenzione (7).

2.° La Confusione per la riunione della servitù e della proprietà nella medesima persona, e quindi allorchè il possessore di una servitù personale acquista la proprietà della cosa, il che dicesi *consolidatio* (8), o quando il fondo dominante ed il serviente pervengono ad un solo padrone (9). Ma in quest'ultimo caso la confusione debb' esser totale, e per conseguenza non nuoce che di più comproprietari di un fondo uno semplicemente acquisti anche l'altro (10), o che di più fondi servienti solo uno sia riunito col dominante (11). Se si rescinde la causa della confusione, la servitù rivive (12), ma non è di niun momento che la confusione cessi in altro modo (13), eccetto quando nelle servitù reali il proprietario di un fondo ha acquistato l'altro solo provvisoriamente, con l'obbligazione di restituirlo di nuovo (14), e quando un erede aliena nuovamente la sua eredità (15).

3.° La perdita della cosa serviente (16), ed a ciò, per le servitù personali, ad eccezione del quasi usufrutto, nel quale in generale non si ha riguardo alla perdita, è sufficiente che la cosa abbia patita una trasformazione totale sia per ispecificazione, sia per naturali avvenimenti (17), o che la cosa principale sia perita, sebbene le sue pertinenze

(6) L. 14. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.)

(7) L. 28. L. 34. pr. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 18. *commun praed.* (8. 4.)

(8) § 3. J. *de usufr.* (2. 4.) L. 57. D. *eod.* (7. 1.) L. 17. L. 27. D. *quib. mod. ususfr. am.* (7. 4.) L. 4. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.) L. 76. § 2. D. *de legat.* II. (31.)

(9) L. 10. D. *commun praed.* (8. 4.) L. 1. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.) L. 116. § 4. D. *de legat.* I. (30.)

(10) L. 8. § 1. D. *de serv.* (8. 1.) L. 30. § 1. D. *de* S. P. U. (8. 2.) L. 27. L. 34. pr. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 140. § 2. D. de V. O. (45. 1.) Confr. *Hoffmann* Delle servitù § 27.

(11) L. 31. D. de S. P. R. (8. 3.)

(12) L. 57. pr. D. *de usufr.* (7. 1.)

(13) L. 17. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 30. pr. D. de S. P. R. (8. 3.)

(14) L. 18. D. *de servit.* (8. 1.) L. 7. pr. § 1. D. *de fundo dot.* (23. 2.) L. 70. § 1. L. 84. § 4. L. 116. § 4. D. *de legat.* I. (30.) L. 73. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Ciò non vale per le servitù personali L. 17. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.)

(15) L. 9. D. *comm. praed.* (8. 4.) L. 2. § 19. D. *de hered. vend.* (18. 4.)

(16) § 3. J. *de usufr.* (2. 4.) L. 2. D. *eod.* (7. 1.) L. 30. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 20. § 2. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 16. § 1. C. *de usufr.* (3. 33.)

(17) L. 5. § 3. L. 6. L. 7. L. 10. § 1-7. L. 12. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 9. pr. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

esistano tuttora (18), o che un complesso di cose che era l'oggetto della servitù non esista più come tale (19). Altrimenti nella perdita parziale la servitù continua sul resto (20); ed ancora il graduale cangiamento della cosa mediante successive riparazioni non è di alcun momento (21). Se la cosa vien ristabilita rivivono le servitù, e per certo le servitù reali, anche quando si rimette un fondo eguale nel luogo dell'antico (22), ma le servitù personali al contrario, solo quando cessa nuovamente la trasformazione della cosa, e quindi succede un vero ristabilimento dello stato primiero (23).

4.° Il passaggio della cosa serviente ad una *res extra commercium* (24), quando le circostanze non sieno tali, che la servitù si possa estendere anche sopra una cosa di questa fatta (25).

5.° L'occupazione della cosa da parte del nemico, ma in tal caso, se la cosa vien liberata, ha luogo il *postliminium* anche per rispetto alla servitù (26).

6.° Il non uso, che si dee riguardare come un'applicazione dell'usucapione, col qual mezzo il proprietario ricupera di nuovo quella parte de' dritti di proprietà che gli mancava (27). Per effetto di ciò prima di Giustiniano le servitù di già si estinguevano allorchè sulle cose mobili non si erano esercitate per un anno, e sulle immobili, per due anni (28). Ma secondo le disposizioni di Giustiniano qui deve sempre applicarsi il nuovo tempo dell'usucapione da lui stabilito per le cose immobili di

(18) L. 5. § 2. L. 10. pr. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 20. § 2. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 34. § 2. D. *de usufr.* (7. 1.)

(19) L. 10. § 8. L. 11. L. 31. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.)

(20) L. 8. L. 9. D. *eod.*

(21) L. 10. § 1. 7. D. *eod.*

(22) L. 20. § 2. L. 31. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 14. pr. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.). Non si oppone la L. 18. § 2. D. *eod.*

(23) L. 36. pr. L. 71. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 7. L. 23. L. 24. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.); Paul. III. 6. § 31. Confr. con L. 10. § 1. 7. D. *eod.* L. 20. § 2. D. de S. P. U. (8. 2.)

(24) L. 17. pr. D. *de usufr.* (7. 1.), i passi citati § 180. Nota 4.

(25) V. § 184. Nota 5.

(26) L. 26. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.)

(27) Paul. S. R. I. 17.; § 1. 2. III. 6. § 30. L. 7. L. 25. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 6. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 13. L. 14. pr. L. 17-25. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.) L. 4. § 29. D. *de usurp.* (41. 3.) § 3. J. *de usufr.* (2. 4.); *Hoffmann* l. c. § 117. seg.

(28) Paul. I. c. L. 16. pr. C. *de usufr.* (3. 33.) La L. 4. § 27. D. *de usurp.* (41. 3.), la quale qui già parla di *longum tempus* è senza dubbio interpolata in conformità delle innovazioni di Giustiniano.

dieci anni tra presenti, e venti tra assenti, il che veramente eg
ma avea ordinato solo per le servitù personali (29), ma di po
esiandio alle reali (30). In una più recente costituzione è anche
to che nelle così dette *servitutes discontinuae*, sulla prescrizio
quali i giuristi Romani non erano di accordo, si debbano sempre
dere venti anni (31). Questa prescrizione del pari che l'usucapi
re anche durante il giudizio sulla servitù (32). Intanto essa non
go contro i pupilli (33), e ne sono interamente eccettuate la s
passaggio che appartiene ad un sepolcro (34), le improprie s
habitationis et operarum (35), ed un usufrutto che si può e
solo alternativamente un anno per l'altro (36). Al contrario p
le altre servitù essa ha luogo, e qui l'usucapione apparisce a
la sua più antica forma, giacchè qui non si parla di buona fe
sto titolo da parte del proprietario, ma basta che nè colui al
servitù appartiene, nè altri per lui abbia esercitato la servitù
le (37), anche quando l'esercizio ne sia stato per violenza imp
proprietario (38), o per altre ragioni sia stato impossibile (3
avea il dritto non ne abbia avuto affatto conoscenza (40), o p
abbia esercitato degli atti diversi da quelli a cui avea dritto
abbia soltanto goduto di un dritto subordinato invece del dri

(29) L. 16. § 1. C. *de usufr.* (3. 33.) dell'anno 530. Il *Bachofen* inte
luogo di un rigetto del *non usus*. Saggi p. 192. seg.

(30) L. 13. C. *de servit.* (3. 34.) dell'anno 531.

(31) L. 14. pr. C. *eod.* Confr. L. 7. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.) L. 2
mod. ususfr. amitt. (7. 4.)

(32) L. 8. § 4. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(33) L. 10. pr. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.) L. 3. § 5. D. *de adm.*
tut. (27. 9.). Ciò pare strano, imperciocchè le cose dei pupilli possono essere

(34) L. 4. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.)

(35) L. 10. pr. D. *de usu et hab.* (7. 8.) L. 2. D. *de usu et ususfr. leg.*

(36) L. 28. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 13. D. *de usu et ususfr.* le
Secondo i principii della L. 14. pr. C. *de servit.* (3. 34.) ciò propriamente do
meno, se essa non parlasse solamente di servitù reali.

(37) L. 12. § 2. L. 15. § 7. L. 38-40. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 22. L. 2
mod. ususfr. (7. 4.) L. 5. L. 6. pr. L. 12. L. 20-25. D. *quemadm. serv.*
L. 7. D. *de itin. actuque priv.* (43. 19.)

(38) L. 4. § 27. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 8. § 4. D. *si serv.* (8. 5.)

(39) L. 1. § 1. L. 23. § 2. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 12. § 3
usufr. (7. 1.) L. 34. § 1. L. 35. D. de S. P. R. (8. 3.) L. 14. pr. D. *quem*
am. 8. 6.) L. 1. § 9. D. *de itin. actuque priv.* (43. 19.)

(40) L. 10. § 1. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.)

(41) L. 10. § 1. L. 18. pr. D. *eod.*

cipale (42). Se una servitù reale non sia stata esercitata da più possessori del fondo dominante che a vicenda si son succeduti, vien computato insieme il tempo del non uso di ciascuno (43). Sono delle singolarità nell'usufrutto, che questo si ritenga per esercitato quando l'usufruttuario ne ha ceduto ad altri per un prezzo l'esercizio, anche allorchè questi non ne abbia fatto uso (44), e che il medesimo si estingua in parte, allorchè sia esercitato solo in parte (45). In altri casi l'esercizio parziale conserva interamente la servitù (46). Ma vi è anche una differenza essenziale tra le servitù affermative e le negative, giacchè in quest'ultime solo allora si può verificare il non uso, quando si fa o si è fatto ciò che in forza della servitù si potrebbe impedire; nel qual caso il non uso sta precisamente nel tacere su di un tale atto. Per conseguenza qui il *non usus* presuppone che il proprietario abbia impreso una *usucapio libertatis*, cioè che abbia fatto un atto direttamente contrario alla servitù, e per tal modo siasi posto in possesso della libertà (47) senza averne avuto facoltà dal possessore della servitù (48). Verisimilmente l'antico principio su questo rapporto esprimeva che il proprietario nello scopo della *usucapio libertatis* avesse dovuto edificare (49), per cui Cajo fu indotto ad ammettere che in generale per tutte le servitù urbane fosse necessaria una tale *usucapio libertatis* mediante una edificazione contraria alla servitù (50); ma nelle servitù urbane affermative ciò è in se altrettanto superfluo quanto nelle servitù personali e nelle servitù rustiche, imperocchè qui il non esercizio si può verificare per la semplice inazione di colui al quale il dritto si appartiene, e questo pare che sia anche l'avviso di Paolo (51).

(42) L. 17. D. *eod.*
(43) L. 18. § 1. D. *eod.*
(44) L. 38-40. D. *de usufr.* (7. 1.)
(45) L. 14. L. 20. L. 25. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.)
(46) L. 2. L. 8. § 1. L. 9. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.) L. 9. § 1. D. *si serv. vind.* (8. 5.) L. 18. D. de S. P. R. (8. 3.). Non si opponga la L. 6. § 1. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.) L. 17. pr. D. *de aqua et aquae pluv.* (39. 3.)
(47) L. 6. L. 7. L. 32. § 1. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 18. § 2. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.) L. 4. § 29. D. *de usurp.* (41. 3.). Da questi passi verisimilmente si spiega come Paolo l. 17. § 1. 2. possa contrapporre il semplice *non usus* alla usucapione.
(48) L. 32. pr. D. de S. P. U. (8. 2.) L. 17. D. *comm. praed.* (8. 4.)
(49) Imperocchè il semplice piantare un albero non vale come *usucapio libertatis* L. 7. D. de S. P. U. (8. 2.) Confr. con L. 12. L. 17. pr. D. *eod.* e nella L. 32. § 1. D. *eod.* dicesi: « libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur ».
(50) L. 6. D. *eod.*
(51) L. 18. § 2. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.)

7.° Il verificarsi di una condizione risolutiva o di un termine finale (52), il che però nelle servitù reali costituite per convenzione si può far valere soltanto con la *exceptio doli* (53), e per conseguenza va soggetto alle particolari limitazioni di questa eccezione (54). Se una servitù personale sia costituita fino a che un terzo sarà giunto ad una data età, e questi muoia prima di giungervi, la servitù ciò non ostante secondo la decisione di Giustiniano dee durare fino al momento in cui il terzo, se fosse più lungamente vivuto, sarebbe giunto a quella età (55), e se un avvenimento incerto nella persona di un terzo sia apposto come condizione risolutiva, ed il terzo sia morto senza che quell' avvenimento avesse avuto luogo, allora colui, al quale la servitù è dovuta, la conserverà per tutta la sua vita (56).

8.° La cessazione del dritto del concedente, quando la sua proprietà era limitata da una condizione risolutiva (57), o il medesimo non avea sulla cosa che un *jus in re* (58).

2) *Cagioni particolari di estinzione.*

§ 191. Le cagioni di estinzione che non si riferiscono a tutte le servitù sono:

1.° Per le servitù reali solo la distruzione del fondo dominante, ma col suo ristabilimento ritorna parimente in vigore la servitù (1).

2.° Per le servitù personali 1) la morte di colui che ha il dritto (2),

(52) L. 6. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 15. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 12. C. *de usufr.* (3. 33.) L. 27. D. *eod.* (7. 4.) L. 4. pr. D. *de servit.* (8. 1.); Fragm. Vat. § 48-50.

(53) L. 4. pr. D. *de serv.* (8. 1.)

(54) V. § 72. Nota 5 e 6.

(55) L. 12. pr. C. *de usufr.* (3. 33.)

(56) L. 12. § 1. C. *eod.*

(57) V. § 172. Nota 13. Non si oppone la L. 11. § 1. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.)

(58) L. 1. pr. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 1. § 9. D. *de superfic.* (43. 18.)

(1) L. 20. § 2. D. de S. P. U. (8. 2.)

(2) V. § 181. Nota 6. Non si può dire vera eccezione quando una servitù personale anticipatamente vien costituita anche agli eredi del primo possessore, il che del tutto si può fare L. 3. pr. L. 5. pr. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 23. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.); imperciocchè qui ha luogo una nuova servitù la quale fu costituita soltanto *ex die*, per modo che bisogna che si presti una nuova cauzione. Nello stesso modo si dee spiegare la L. 4. L. 29. § 2. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.), in cui il fedecommesso trasforma l' usufrutto del legatario in un *ususfructus ad diem*, ed allora ne comincia un nuovo. Confr. L. 9. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.) L. 29. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

alla quale A. in generale viene agguagliata in questa materia la *capitis diminutio maxima e media* (3), il che prima di Giustiniano valeva anche per la c. d. *minima* (4), e B. per le persone morali la loro soppressione (5), o il decorrimento di 100 anni (6). Dalla estinzione per morte di chi ha il dritto è eccettuata soltanto la *servitus operarum*, la quale continua finchè vive lo schiavo o l' animale da lavoro, e può per conseguenza passare anche agli eredi (7); dalla estinzione poi per *capitis diminutio*, oltre la *servitus operarum* è eccettuata anche la *servitus habitationis* (8), ed ogni servitù costituita *ex die* quando la *capitis diminutio* ha luogo prima dello stabilito termine di cominciamento (9). Nelle servitù personali costituite ad uno schiavo o ad un figlio di famiglia, e per tal modo acquistate al padrone o al padre si vuol distinguere: A. Per la morte o la *capitis diminutio* del padre la servitù non si estingue, ma allora il figlio come il vero investito del dritto comincia a goderne egli medesimo, anche quando non abbia ereditato dal padre (10). B. Per contrario per la morte o la *capitis diminutio* del Padrone dee cessare la servitù, perchè lo schiavo non può averla (11). C. Se dall'altro lato il padrone o il padre potesse conservar la servitù, quando lo schiavo o il *filiusfamilias* per cui mezzo avea acquistato la servitù, morisse, o quest'ultimo patisse una *capitis diminutio*, ovvero il primo fosse stato alienato o manomesso, fu per lungo tempo soggetto di controversia tra i Romani giuristi; ma Giustiniano in fine decise per l'opinione affermativa (12). 2) L'abbandono, col qual

(3) § 3. J. *de usufr.* (2. 4.); L. 1. L. 2. § 1. L. 3. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 16. § 1. 2. L. 17. C. *de usufr.* (3. 33.); Paul. S. R. III. 6. § 29.

(4) L. 16. § 2. C. *eod.* Confr. con Paul. l. c.

(5) L. 21. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.)

(6) V. § 181. Nota 7.

(7) L. 2. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.). Di altra opinione è *Bucholz* Saggi Nota 16.

(8) L. 10. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 2. D. *de oper. serv.* (7. 7.) L. 10. D. *de usu et hab.* (7. 8.)

(9) L. 1. § 1. 2. L. 2. § 1. L. 3. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 23. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(10) L. 3. § 7. D. *de minor.* (4. 4.) L. 17. in fine C. *de usufr.* (3. 33.)

(11) Un' eccezione poteva bene aver luogo quando lo schiavo nell' intervallo era stato manomesso, o avea conseguita la libertà nel testamento del padrone; nondimeno ciò non si trova; ma una vera eccezione ha luogo mediante l' accrescimento tra più usufruttuarii L. 1. § 1. D. *de usufr. accr.* (7. 2.)

(12) L. 17. D. *de usufr.* (3. 33.) Confr. L. 5. § 1. L. 18. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.); Fragm. Vat. § 57. 75-77. Secondo questi passi pare che i Giureconsulti Romani avessero principalmente distinto se l' usufrutto erasi costituito mediante un legato allo schiavo o al *filius familias*, ovvero mediante una convenzione fatta col medesimo.

mezzo quegli a cui si appartiene il dritto può anche contro la volontà del proprietario liberarsi dalle riparazioni e spese di manutenzione (13) purchè il danno non sia avvenuto per colpa sua o de' suoi (14). 3) La *missio ex secundo decreto*, quando neppure l' usufruttuario della casa cadente ha voluto prestar la cauzione *damni infecti* (15) 4) L'usucapione della cosa serviente, col qual mezzo però cessa solamente la *servitus operarum* (16), mentre le altre servitù rimangono (17). Per l'abuso non si perde niuna servitù (18), e neppure si estinguono le servitù personali sugli schiavi per effetto della loro manomissione, giacchè il manomesso dee continuare a servire come *servus sine domino* (19).

CAPITOLO V.

DEL DRITTO DI PEGNO (*).

I. INTRODUZIONE.

1) *Fiducia e pignus.*

§. 192. Nei dritti personali che non si possono o non si debbono far valere incontanente è importante la quistione in che modo gli oggetti che si trovano attualmente nel patrimonio possano prestar sicurezza pel futuro adempimento dell'obbligazione verso il creditore. Nel dritto civile antico noi troviamo due vie per sciogliere questo problema:

1.° La *Fiducia* (1), allorchè si trasferiva al creditore la proprietà di una *res mancipi* mediante la mancipazione o la *in jure cessio* fino al pagamento del debito (2), al che potevasi anche aggiungere la *lex commissoria*, che se non seguisse il pagamento al tempo debito, si de-

(13) L. 48. pr. L. 64. D. *de usufructu* (7. 1.)

(14) L. 65. pr. D. *eod.*

(15) L. 9. § 3. L. 10. D. *de damno inf.* (39. 2.) V. appresso § 212.

(16) L. 2. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(17) L. 17. § 2. D. *de usufr.* (7. 1.). V. sopra § 180. Nota 2.

(18) L. 11. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.) L. 1. § 5. 6. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.)

(19) V. § 123. Nota 10. Non si oppone la L. 15. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 1.)

(*) *Gesterding* La dottrina del pegno secondo il dritto Romano Greifswald 1816. 8. *Sintenis* Dritto di pegno. Quistioni, Zerbst 1835. 8.; Manuale del medesimo sul dritto comune di pegno. Halle 1836. 8.

(1) V. sopra § 85.

(2) Caj. II. 60. III. 201.; Isidori Orig. V. 25.

cadesse dal dritto alla remancipazione, e quindi rimanesse la cosa per sempre al creditore (3). Nella *fiducia* il creditore come proprietario dovea pagare le imposte e sopportare i pesi della cosa (4); ma per questo apparteneva anche a lui la rendita, che per altro dovea imputare sul capitale (5), salvochè il godimento non si fosse lasciato al debitore mediante una riserva di usufrutto, un affitto, o precario (6). Egli poteva anche validamente alienare, sebbene con ciò violasse la sua obbligazione alla remancipazione (7), meno quando il debitore non avesse pagato a tempo debito, nel qual caso anche una promessa di non alienare perdeva tutta la sua efficacia (8). Al contrario per la remancipazione dopo estinto il debito, e pel rimborso e risarcimento de'danni, del pari che per la restituzione di ciò che forse sopravvanza del prezzo in caso di vendita, compete al debitore l'*actio fiduciae* (9), azione di buona fede (10), la quale pel dolo apporta infamia al convenuto (11), ma non passa agli eredi del debitore se non quando sia stata di già promossa (12). Per l'*usureceptio* di un anno il debitore ricuperava la sua proprietà anche senza la remancipazione, però prima di pagare il debito, non la ricuperava se non in quanto egli non possedesse come semplice detentore del creditore (13). In una costituzione di Arcadio e di Onorio si trova la *fiducia* come tuttora in uso (14); ma ne'tempi più recenti pare che di rado fosse applicata, perchè aveasi un mezzo più comodo di prestar garentia, e col dileguarsi della mancipazione e della in *jure cessio* dovè come speciale istituzione anch'essa venir meno, imperocchè quantunque tuttora accada di dare al creditore la proprietà di una cosa

(3) Paul. II. 13.

(4) Intanto nella restituzione doveano i miglioramenti rimborsarsi al creditore; Paul. II. 13. § 7.

(5) Paul. II. 13. § 2.

(6) Caj. II. 60.; *Isidori* Orig. V. 25. L'espressione così frequente nelle fonti di alienazione di cose *deducto usufructu* senza dubbio fu principalmente occasionata dalla *fiducia*.

(7) Paul. II. 13. § 6. V. Nota 11.

(8) Paul. l. c. § 5.

(9) Caj. IV. 33.; Paul. l. c. § 1. 6.; Collat. X. 2.

(10) Caj. IV. 62.; Cic. de Off. III. 15.

(11) *Tab. Heracleens.* (lex Julia municipalis) Sect. XIII.; Cic. pro Rosc. com. c. 6.; pro Caecina c. 2.

(12) Paul. in Consult. vet. Icti VI.: « Heredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, nisi a testatore inchoata ad eos transmissa sit. »

(13) Caj. II. 60. III. 201.; *Boeth.* ad Top. IV. adt. 10.

(14) L. 9. C. Th. *de infirm. his quae sub tyrann.* (15. 14.)

fino al pagamento del debito, pure in tal caso non sono da applicarsi che i principi generali sull'alienazione sotto una condizione risolutiva.

2.° Il pegno *pignus* (15) per effetto del *contractus pignoraticius* uno degli antichi contratti reali (16), il quale consisteva in ciò che davasi al creditore il semplice possesso corporale di una cosa per ritenerlo fino al pagamento del debito (17), e quindi il debitore rimaneva proprietario (18), e per regola al creditore non appartenevano neppure gli utili della cosa (19). Da questo contratto risultava pel debitore l'*actio pignoratitia directa* principalmente per la restituzione della cosa dopo l'estinzione del debito, insieme coi frutti e col risarcimento dei danni; pel creditore poi l'*actio pignoratitia contraria* pel rimborso delle spese (20), e per effetto di una posteriore estensione, come *actio utilis* anche per la prestazione di una maggiore sicurtà; allorchè il pegno dato si era riconosciuto insufficiente (21). Dopo l'introduzione degl' interdetti possessorii anche questi furono dati al creditore per proteggere la sua detenzione (22), e molto ordinaria era senza dubbio la *lex commissoria*, che il creditore in caso che il pagamento non seguisse, potesse ritenere il pegno, o almeno venderlo per soddisfazione del suo credito (23). Non si può dimostrare in qual tempo siffatta teorica si formò (24); ma la semplicità di questo rapporto giuridico autoriz-

(15) La derivazione dell' espressione *pignus* da *pugnus* nella L. 238. § 1. D. de V. S. (50. 16.) potrebb' essere più che problematica, ed il *Menagius* Amoen. Jur c.39. potrebbe aver ragione, quando egli fa derivare *pignus* dalla parola antica *pangere*, conchiudere un contratto. Io non mi arrischio di decidere se i modi di dire indicati da *Agraethius* in *Gothofredi* Auct. Ling. Lat. p. 1347. lin. 29.; *pignera rerum*, *pignora filiorum et affectionum* sieno esatti.

(16) V. appresso § 218.

(17) § 4. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 9. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(18) L. 35. § 1. D. *eod*,

(19) L. 22. § 2. D. *eod.* L. 1. L. 2. L. 12. C. *eod.* (4. 24.). Sulle eccezioni veggasi appresso § 204. Nota 5. e 6.

(20) Le particolarità intorno a ciò si troveranno nel dritto di obbligazione sotto i contratti reali.

(21) L. 1. § 2. L. 2. L. 9. pr. L. 16. § 1. L. 32. L. 36. D. *eod.* L. 6. C. *si aliena res pig.* (8. 16.) Confr. con L. 22. D. *de pign.* (20. 1.). Che qui abbia avuto luogo una estensione risulta anche dalla circostanza che niun' altra *actio contraria* ha uno scopo somigliante.

(22) V. § 204. n. IV.

(23) Caj. II. 64. Confr. L. 3. D. *quae res pign.* (20. 3.)

(24) Presso Plaut Proleg. in Casinam v. 75. e nel Pseud. I. 1. v.85. potrebbe trovarsi la prima menzione di pegni dati, e sarebbe certamente inesatto il voler conchiudere dalla L. 3. C. de luit. pign. (8. 31.) che l'*actio pignoratitia* sia stata la prima volta introdotta dall' Editto del Pretore. V. § 194. Nota 21.

si ammettere il *contractus pignoratitius* in un tempo molto antico, e la sua applicazione non è mai cessata, solo i suoi effetti furono più tardi in parecchie guise modificati (25).

2) *Pignoris capio.*

§ 193. Il dritto antico oltre de' pegni *dati* riconosceva anche i pegni *presi*, *pignora capta*, i quali per verità almeno in parte non aveano con quelli che una lontana affinità, nondimeno qui cade in acconcio di dirne qualche cosa. La pignorazione, chè così chiamasi la presa di pegni, era di due specie:

1.° La *pignoris capio* de' magistrati. Fin dall'antichità i magistrati Romani aveano la facoltà di torre delle cose a colui che non ubbidiva ai loro ordini, e di venderle a profitto del tesoro dello Stato, per procurarsi l'ubbidienza (1), il qual dritto originariamente competeva solo ai magistrati con l' *imperium*, ma fu per lo meno esercitato anche dagli Edili (2). In questa applicazione la pignorazione era una semplice multa indiretta, che non avea niun rapporto coi crediti, e però le antiche leggi sulla quantità delle multe da imporsi (3) probabilmente riguardavano anche la *pignoris capio* (4); intanto si permetteva di usare di questo mezzo di costringimento anche per l'esecuzione delle sentenze, ed in generale per incitare all'adempimento delle obbligazioni, e questo uso, il quale da principio potea aver luogo pei crediti dello stato che i magistrati erano incaricati di riscuotere (5), condusse ad una essenziale estensione, di cui più appresso si avrà a ragionare (6).

2.° La *legis actio per pignoris capionem* che lo stesso creditore esercitava osservando certe forme determinate (7). Da principio allorchè fu introdotto fra i Romani il soldo militare *aes militare*, questo dopo finita la spedizione veniva pagato ai soldati direttamente dai preposti delle delle Tribù, che ne riscuotevano le imposte, e che però furon detti *tri-*

(25) V. § 194. Nota 20. e 21.

(1) Liv. III. 38. XXVII. 51.; Cic. de Orat. III 1. Philip. I. 5., Plutarch. in Catone min. c. 37.; L. 1. § 3. D. *de inspic. ventre* (25. 4.); § 3. J. *de satisdat.* (1. 24.).

(2) Tacit. Annal. XIII. 28.

(3) V. la mia St. § 19. Nota 11. e 12.

(4) Che anche per questa vi fosse una misura cel dimostra Tacito l. c.; ed in generale fu più tardi che si prese a distinguere la *pignoris capio* dalla multa, giacchè in origine anche questa consisteva sempre in animali; Gell. XI. 1.

(5) L. 9. § 6. D. *ad leg. Jul. pecul.* (48. 13.)

(6) V. appresso § 198.

(7) Caj. IV. 26. 29.

buni aerarii (8), ed in ciò si formò la consuetudine che i soldati potevano prender pegni dai tribuni che indugiavano a pagare, il qual mezzo di privata autorità fu conceduto anche a' cavalieri a cagione dell'*aes equestre* per la compra del loro cavallo del pari che pel prezzo de' foraggi, *aes hordiarium* (9). Nelle XII. Tavole ed in alcune leggi posteriori questa presa di pegni fu promessa anche per parecchie altre pretensioni (10), ma le *leges Juliae judiciariae* la vietarono in *generale* (11), eccettuato solo il caso del *damnum infectum* (12). Del resto non si conosce qual'effetto avea questa *legis actio*, se il creditore si poteva pagare con le cose pignorate, o se poteva semplicemente ritenerle in pegno. Solo nel pignoramento a cagione del *damnum infectum* era assolutamente necessario che la cosa si ritenesse come in pegno; ma ciò si osservava forse solo in questa specie di pignorazione, e questa ha potuto esser la ragione per cui le *leges Juliae* lasciarono sussistere questo solo caso come meno pericoloso pel debitore.

II. ORIGINE, NOZIONE, E NATURA GIURIDICA DEL DRITTO DI PEGNO IN SENSO PROPRIO.

§ 194. La costituzione del pegno ebbe dall'editto pretorio (1) una forma ben diversa dall'antica per opera di un Pretore *Servio* (2), il quale introdusse qui un nuovo *jus in re*, il *jus pignoris* s. *hypothecae* probabilmente un trovato greco, che Servio per verità avea ammesso solo per le locazioni, ma ben presto divenne una istituzione generale applicabile in ogni maniera di obbligazioni (3), ed anzi soppiantò quasi

(8) Io ritratto in questo luogo ciò che nella mia St. § 30. ho detto sui *Tribuni aerarii*, essendomi persuaso per una dissertazione inedita del Dottor *Mommsen* che il *Niebuhr* ha ragione quando egli pensa che i *Tribuni aerarii* fossero i capi delle *Tribus*. Una principale difficoltà svanisce per una circostanza ordinaria e non avvertita nemmeno dal *Niebuhr*, che l'antico pagamento del soldo non avea luogo che dopo finita la spedizione, dal che prese origine l'uso d'indicare il numero delle campagne di alcuno mediante il numero dei suoi stipendii.

(9) Caj. IV. 27.; Gell. VII. 10.; Varro de L. L. IV. 36.; Festo p. *Equestre aes*, *Hordiarium aes*.

(10) Caj. IV. 28.

(11) Caj. IV. 30. L'abolizione non dovè seguire per la *lex Aebutia*, imperocchè si trova come ammisibile la *pignoris capio* conceduta ai Pubblicani anche presso Cic. in Ver. II. 3. c. 11.

(12) Caj. IV. 31. L. 23. D. *de pecul.* (15. 1.) V. appresso § 212.

(1) Theoph. IV. 6. § 7.

(2) Questo nome, senza una diretta testimonianza, si deduce da ciò che l'azione di pegno chiamasi *actio Serviana*.

(3) Per la primitiva restrizione, e per la estensione che solo posteriormente ne fu fatta

interamente la prestazione di sicurtà mediante la *fiducia* o il pegno consegnato, imperocchè il *jus hypothecae* assicurava il creditore non meno che quegli antichi mezzi, e d'altra parte conteneva il vantaggio pel debitore, che egli intanto riteneva la proprietà ed il possesso del pegno, e poteva impegnare la stessa cosa a più persone. Non è dichiarato chi sia stato quel Pretore Servio, ed in che tempo sia vivuto, ma siccome non prima dell'epoca imperiale si può dimostrare il *jus hypothecae* in Roma (4), così si può con molta verisimiglianza ritener per autore di questa istituzione il famoso Servio Sulpizio Rufo (5). Il dritto di pegno dell'Editto, non altrimenti che l'usufrutto, fu più tardi esteso ad ogni oggetto del patrimonio (6), nondimeno per formarsene un'idea esatta deve in prima esser considerato semplicemente nell' applicazione alle cose, e quì esso è *il dritto che un creditore ha sulla cosa altrui di rivendicarla da ogni possessore, e di poterla vendere per essere soddisfatto del suo credito*. Adunque due dritti o elementi della proprietà formano la sua sostanza: il dritto di rivendicare e il dritto di vendere, e perchè questi dritti per regola (7), durano anche dopo il cambiamento di proprietà (8), ciò fa che il dritto di pegno sia un *jus in re* (9). Nondimeno in origine ad esso non apparteneva ancora il dritto di vendere (10), mentre al contrario il dritto di rivendicare era stabilito nello stesso editto, il quale avea dato a questo fine l'*actio hypothecaria*, azione *in rem* (11), la quale talvolta dicesi anche *actio pignoratitia* (12), e

si può anche argomentare da ciò che l' azione di pegno nelle locazioni addimandasi *actio Serviana*, e nelle altre obbligazioni *actio utilis s. quasi Serviana*. V. Nota 13.

(4) Le ipoteche, di cui intende parlare Cic. ad famil. XIII. 56. furono istituite dai Greci nella Sicilia, e quindi non provano nulla pel dritto Romano, e se anche Terent. Phorm. IV. 3. v. 56-58. sotto le parole *agris et aedibus pignori appositis* non intese di parlare di pegni nel senso antico ma di ipoteche, pure è da considerare che egli pose la scena in una Città Greca, anzi la commedia non è che una traduzione latina di una commedia Greca di Apollodoro, come il Donato nella sua introduzione ci fa sapere.

(5) Secondo Cic. pro Murena c. 20. pare che Servio Sulpizio come pretore avesse avuto la *quaestio de peculatu*; ma egli potè essere più volte Pretore, e come Pretore urbano esercitare anche accessoriamente una *quaestio*.

(6) V. § 198.

(7) Sulle eccezioni veggasi § 209. n. III.

(8) L. 18. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 1. § 2. D. *de pign.* (20. 1.) L. 44. § 5. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 15. C. *de pign.* (8. 14.) L. 17. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 10. C. *de remiss. pign.* (8. 16.) L. 1. C. *de precar.* (8. 9.)

(9) L. 30. D. *de noxal. act.* (9. 4.) L. 19. pr. D. *de damno inf.* (39. 2.)

(10) V. § 202.

(11) V. § 201.

(12) L. 7. § 12. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 41. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 9. pr.

comunemente dal nome dell'autore del dritto di pegno nelle locazioni vien detta *actio Serviana*, e negli altri casi *utilis* s. *quasi Serviana* (13), col che non è da confondere la denominazione di *utilis actio*, che non di rado si dà a quest'azione per rispetto alle altre estensioni della sua applicabilità (14). Or siccome il dritto di pegno suppone sempre una obbligazione, per la cui sicurezza viene stabilito, così, non altrimenti che le servitù reali, appartiene ai dritti accessori (15), ed a cagione del legame che si forma tra il credito, e la cosa che lo garentisce, la costituzione del pegno vien detta eziandio *obligatio rei* come il pegno *res obligata* (16). Intanto il dritto di pegno non si deve per questo riguardare come un dritto di obbligazione in cui la cosa figuri da debitore (17), il che si può già dedurre da ciò che l'azione di pegno non è un'*actio in personam*, e che il possessore non può come tale esser costretto al pagamento (18). Il dritto di pegno in se stesso non dipende dalla condizione del possesso corporale della cosa; ma può bene per maggior sicurezza del creditore andar congiunto colla consegna del pegno, ed allora questo appellasi principalmente *pignus*, mentre nell'altro caso si usa

D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 5. C. *si al. res. pign.* (8. 16.). Per distinguere l'*actio pignoratitia directa* dalla *contraria* in alcuni casi ma non sempre vi si aggiunge la parola *in rem*.

(13) Theoph. IV. 6. § 7.; § 7. 31. J. *de act.* (4. 6.) L. 1. C. *de precar.* (8. 9.) L. 1. C. *comm. de legat.* (6. 43.) L. 14. C. de O. et A. (4. 10.) L. 28. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 3. pr. L. 18. L. 21. § 1. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 1. pr. L. 2. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(14) L. 41. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 1. pr. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 5. C. *si al. res. pign.* (8. 16.). Nella L. 16. D. *de serv.* (8. 1.) quest'azione viene anche generalmente denominata *utilis petitio*, il che manifestamente è fondato su di ciò, che la medesima si può riguardare in certo modo come una estensione della *rei vindicatio* che spetta al proprietario.

(15) L. 10. § 1. D. *quod. met. causa* (4. 2.) L. 27. § 2. L. 50. D. *de minor.* (4. 4.) L. 9. § 3. L. 11. § 1. L. 40. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 6. D. *de hered. vend.* (18. 4.) L. 6. L. 7. C. de O. et A. (4. 10.) L. 14. C. *de fidejussor.* (8. 41.)

(16) L. 28. § 1. D. *ad Sct. Vell.* (16. 1.) L. 6. L. 8. L. 26. § 1. L. 29. pr. L. 34. § 1. D. *de pign.* (20. 1.) L. 21. pr. D. *qui potior* (20. 4.)

(17) Di altra opinione è in un certo senso il *Buchel* spiegazioni del dritto civile n. 2. Marb. 1833.; ed il *Sintenis* è pure assolutamente di contrario avviso. Manuale § 1. n. 2. Ma per questo modo di vedere non si guadagna nulla, nè si ottiene alcuna soddisfacente spiegazione, ma si crea soltanto il pericolo di una confusione d'idee. Il dritto di pegno non può neppure essere annoverato tra i *munera rerum* (§ 3.), giacchè per questi ha luogo un costringimento diretto contro il possessore per obbligarlo a pagare, il che pel possessore del pegno non avviene, quando per altra ragione non si trovi risponsabile pel debito.

(18) V. appresso § 201.

piuttosto l'espressione *hypotheca* (19), e la possibilità di questa unione ha avuto per effetto che 1) ora anche il *contractus pignoratitius* produce sempre nel tempo stesso il proprio dritto di pegno con la facoltà di rivendicare e di vendere (20), e 2) l'*actio pignoratitia directa* e *contraria* non è più ammessa soltanto nel pegno dato in mano al creditore, ma anche nell'ipoteca, in quanto essa quì ne comporti l'applicazione (21). Le denominazioni generali pei pegni di ogni maniera sono *res suppositae*, *res oppositae* (22), *res obligatae*, e *res nexae* (23); ed anche spesso si usa *pignus* per la semplice ipoteca (24). Il dritto di pegno è un dritto indivisibile, *pignoris causa indivisa est* (25). Certamente esso può costituirsi tanto sopra una parte di una cosa (26), quanto per una parte di un debito (27); ma un dritto di pegno una volta stabilito vale come un tutto inseparabile, cosicchè una estinzione parziale del debito non lo estingue in parte (28), ed un dritto di pegno appartenente a più persone può da ognuno separatamente essere esercitato (29).

III. CONDIZIONI DEL DRITTO DI PEGNO.

§ 195. Ogni dritto di pegno presuppone tre condizioni.

(19) § 7. J. de act. (4. 6.) L. 9. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 5. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 7. pr. D. *de distr. pign.* (20. 5.)

(20) Caj. II. 64.; § 7. J. *de act.* (4. 6.) L. 1. pr. L. 28. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(21) L. 5. § 1. D. *de pignor* (20. 1.). Questo pare essere stato già espresso nell'Editto medesimo del Pretore L. 3. C. *de luit pign.* (8. 31.)

(22) Plauto nel *Pseud.* I. 1. v. 85. di già parla di *pignus opponere*, il che può solo convenire all'antico pegno; ma Terenzio *Phormio* IV. 3. v. 57., e Catullo Epigr. XXVI. usano l'espressione *pignori opponere* forse anche per l'ipoteca, dove Terenzio a dir vero ha sempre innanzi agli occhi i Greci. V. Nota 4.

(23) Le espressioni *res nexa e nexum facere* per oppignorare sono senza dubbio tolte in prestito dalla *fiducia*, perchè questa avveniva mediante mancipazione.

(24) L. 5. § 1. D. *de pignor* (20. 1.)

(25) L. 65. D. *de evict.* (21. 2.) L. 8. § 4. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(26) V. appresso § 196. Nota 12. e § 205. Nota 12.

(27) V. appresso § 196. Nota 23.

(28) L. 8. § 2. L. 11. § 4. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 19. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 6. L. 16. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 2. C. *debit. vend. pign.* (8. 29.) L. 1. C. *de luit. pign.* (8. 31.)

(29) L. 1. L. 2; C. *si un. ex plur. hered.* (8. 32.) L. 1. § 1. D. *de salv. interd.* (43. 3.) V. appresso § 200. Nota 4. § 205. Nota 14.

1.° Un modo valido a costituirlo, senza di che non ha nepp
la ritenzione della cosa data come pegno (1).

2.° Un dritto effettivo di colui al quale il dritto di pegno
partenere, e però non solamente è nulla l'oppignorazione p
bito che non esiste (1), ma è anche nulla quella che si facc
che al vero creditore (3). Intanto si può anticipatamente st
pegno per un debito futuro (4), sebbene divenga caduco allo
bito non si effettua (5). Non è poi necessario che chi da il pe
gli medesimo il debitore (6). È del tutto indifferente qual sia
del credito (7), e per regola non è neppure importante se si
valere con un'azione civile o no, mentre un'*obligatio natura*
pre sufficiente (8), ed un *obligatio ope exceptionis inefficax*
no è sufficiente allorchè chi costituì il pegno conosceva l'ecc

3.° Un'oggetto capace di esser dato in pegno. Di tal fat
prima tutte le cose che non sono escluse dal commercio (10
zi darsi in pegno una cosa futura (11), del pari che una sem
te ideale (12), nel qual caso la divisione reale posteriormen
non altera il dritto di pegno, il quale continua sul tutto ori
per conseguenza gravita sopra ciascun pezzo della cosa per
ideale (13). Ma il dritto di pegno non è rimasto limitato alle

(1) L. 25. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 32. § 1. D. *ad Sct. Vell.* (16. 1

(2) L. 2. C. *si pign. convent.* (8. 33.)

(3) L. 28. L. 33. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 16. C. *eod.* (8. 18.)

(4) L. 5. pr. D. *eod.* V. appresso § 206.

(5) L. 11. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 4. C. *de non num. pec.* (
L. 2. C. *si pign. conv.* (8. 33.)

(6) L. 5. § 2. D. *de pign.* (20. 1.) L. 2. D. *quae res pign.* (20. 3.)

(7) L. 5. pr. L. 13. § 2. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 9. § 1. D. *d*
(13. 7.)

(8) L 5. pr. L. 14. § 1. C. *de pignor.* (20. 1.) L. 59. pr. D. *ad Sct.*
L. 101. § 1. D. *de solut.* (46. 3.)

(9) L. 2. D. *quae res pign.* (20. 3.) Confr. con L. 1. D. *de cond. ind*
L. 57. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 12. D. *de novat.* (46. 2.); *Buchel* sull
zione per obbligazioni non pienamente valide. Marburg 1836. 8.

(10) L. 1. § 2. D. *quae res pign.* (20. 3.) L. 3. L. 6. C. *eod.* (8. 17
portanza il divieto di alienare soltanto nella oppignorazione volontaria § 1
ma non già in altri casi § 198. Nota 17.

(11) L. 15. pr. D. *de pign.* (20. 1.) L. 11. § 3. D. *qui potior* (20. 4.)

(12) L. 10. L. 16. § 8. D. *de pignor* (20. 1.) L. 3. § 2. D. *qui potio*
1. § 1. D. *de salv. interd.* (43. 33.) L. un. C. *si comm. res pign.* (8. 21.
sen Diss. si commun. res pign. data sit. kil. 1841. 8.

(13) L. 3. § 2. D. *qui potior* (20. 4.) L. 7. § 4. D. *quib. mod. pign.*
6. § 8. D. *comm. div.* (10. 3.) Confr. L. 31. D. *de usufr. leg.* (33. 2.)

bene è stato esteso a tutti gli oggetti del patrimonio (14), i quali son capaci di alienazione o trasferimento (15), segnatamente a'crediti (16), dritti di pegno (17), servitù (18), fondi *vectigales* ed enfiteusi (19), *superficies*(20), ed impieghi venali (21). Per tal modo in vero si è renduto possibile di impegnare tutto un patrimonio; ma la natura del dritto di pegno soffre qui delle importanti modificazioni, che non si possono comprendere in una definizione, e però parecchi casi hanno bisogno di una speciale dichiarazione. 1) L'impegno di un credito *pignus nominis* è una cessione condizionale, per la quale il creditore è investito del dritto di potere, allorchè non è pagato, far valere per la sua soddisfazione il credito impegnato, e di promuovere l'azione che ne deriva (22). Con la estinzione di questo credito si estingue anche l'impegno del medesimo; nondimeno se la estinzione sia avvenuta col dare in pagamento una cosa non fungibile il dritto di pegno passa su questa cosa (23). 2) Del pari l'impegno di un dritto di pegno dà al creditore la facoltà di esercitare per se questo dritto di pegno, ma non già nel tempo stesso il credito dell'impegnante, nel modo medesimo che questi avrebbe potuto (24), ed anche qui valgono gli stessi principi sulla estinzione (25). 3) Le servitù reali esistenti, come inalienabili escludono al certo la possibilità di impegnarle; ma al contrario si ammette un impegno nel senso che può permettersi al creditore di costituir per un prezzo una servitù sopra un fondo del debitore anzi anche di goderne provvisoriamente egli medesimo(26), ma solo se si tratti di servitù rusti-

(14) L. 9. § 1. D. *de pignor.* (20. 5.)
(15) Altre cose non possono essere oppignorate L. 5. D. *quae res pign.* (20. 3.) L. 6. C. *eod.* (8. 17.) L. 12. C. de O. et A. (4. 10.) Nov. 134. c. 7.
(16) V. Nota 22. e 23.
(17) V. Nota 24. e 25.
(18) V. Nota 26-30.
(19) L. 16. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 31. D. *de pignor.* (20. 1.)
(20) L. 16. § 2. L. 17. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 13. § 3. L. 20. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 15. D. *qui potior* (20. 4.)
(21) L. 27. C. *de pignor* (8. 14.) Nov. 53. c. 5. Nov. 97. c. 4.)
(22) L. 18. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 4. C. *quae res pign.* (8. 17.) Confr. anche L. 4. C. *quando fisc.* (4. 15.) L. 1. C. *de condict. ex lege* (4. 9.) L. 3. § 8. D. *de jure fisci* (49. 14.); E. Th. *Gaup* Diss. de nominis pign. Berlino 1820. 8.
(23) L. 18. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.)
(24) L. 13. § 2. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 14. § 3. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.) L. 1. C. *si pign. pignori dat. sit.* (8. 24.) L. 1. C. *de pact. pign.* (8. 35.)
(25) L. 2. C. *si pign. dat.* (8. 24.) L. 40. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) Confr. con L. 13. § 2. D. *de pignor.* (20. 1.)
(26) L. 12. D. *de pignor.* (20. 1.)

che (27), il che senza dubbio è un residuo dell'antico principio che solo queste erano *res manicipi* e per conseguenza potevano soltanto esser costituite come *fiducia* (28). 4) Nella stessa guisa anche le servitù personali possono essere oggetto di pegno (29); ma un usufruttuario può anche impegnare il suo usufrutto, ed allora il creditore può venderne l'esercizio, se non sia stato a lui medesimo rilasciato (30).

IV. ESTENSIONE DEL DRITTO DI PEGNO.

§ 196. Un dritto di pegno riguardato da due lati può avere una diversa estensione:

1.° Per rapporto all'oggetto. Sotto tale aspetto esso o è un dritto di pegno speciale che riguarda soltanto determinati oggetti, o un'ipoteca generale, che si estende su tutto il patrimonio di una persona (1). Quest'ultima colpisce i beni d'ogni maniera (2), non solo quei che sono esistenti al tempo dell' impegno (3), ma anche quelli che posteriormente si acquistano (4), mentre ciò che dal patrimonio si aliena rimane sottoposto al dritto di pegno (5). Pertanto pare che da prima fosse controverso se l' impegno del patrimonio, senza la menzione de' beni futuri potesse estendersi anche a questi; ma Giustiniano decise la quistione per l'affermativa (6). Anche la dote non può venir eccettuata (7) da un' ipoteca generale sul patrimonio del marito, essendochè questi è il proprietario della medesima (8). Rimangono esenti dal pe-

(27) L. 11. § 3. D. *eod.*

(28) Il Gujacio Observ. XV. 6. ed il Vinnio Sel. quaest. I. 32. tentano di dichiarare la differenza con ragioni intrinseche, ma non molto felicemente.

(29) L. 11. § 2. L. 15. pr. D. *eod.* L. 1. C. *si pign. pignori dat.* (8. 24.)

(30) L. 11. § 2. L. 15. pr. D. cit. L. 8. pr. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 49. D. *de usur.* (22. 1.)

(1) L. 6. L. 15. § 1. D. *de pign.* (20. 1.) L. 6. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.) L. 2. L. 7. § 1. L. 8. D. *qui potior* (20. 4.) L. 2. C. *de pign.* (8. 14.) L. 9. C. *quae res pign.* (8. 17.) L. 6. C. *qui pot.* (8. 18.) Nov. 112. c. 1.

(2) L. 29. § 3. L. 34. § 2. D. *de pign.* (20. 1.) L. 4. C. *quae res pign.* (8. 17.)

(3) L. 1. C. *de jure fisci* (10. 1.)

(4) L. 7. § 1. L. 21. pr. D. *qui potior* (20. 4.) L. 9. C. *quae res pign.* (8. 17.)

(5) L. 47. pr. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 17. C. *de distr. pign.* (8. 28.) V. appresso § 208. Nota 15.

(6) L. 9. C. *quae res pign.* (8. 17.)

(7) L. 3. C. *de primipilo* (12. 63.) L. 4. C. *in quib. caus. pign.* (8. 15.) L. 30. C. *de jure dot.* (5. 12.). Pel dritto di preferenza conceduto alla donna in quest' ultimo passo il dritto di pegno dei creditori sulle cose dotali perde per verità la sua importanza, salvo quando la moglie sia stata in altro modo soddisfatta per la sua dote.

(8) V. sopra § 111.

gno solamente quelle cose, per le quali si deve presumere che il debitore non le avrebbe impegnate specialmente, come i suoi abiti e mobili necessari (9); inoltre quelle cose che il debitore dopo di averle impegnate le ha alienate col consenso del creditore, e di poi le ha nuovamente acquistate, sebbene intorno a ciò le opinioni si fosser divise prima di Giustiniano (10), e nel pegno convenzionale anche tutte le cose che non possono alienarsi (11). Oltre a ciò s' intende da se che l'ipoteca generale sul patrimonio di un morto non colpisce nel tempo stesso il patrimonio proprio del suo erede (12). Per contrario il dritto di pegno speciale è attaccato soltanto al suo obbietto determinato, e non colpisce neppure ciò che l'impegnante ha avuto in cambio del medesimo (13). Nondimeno esso si estende non pure alle proprie accessioni (14), tra le quali, allorchè si è impegnata una *universitas*, si debbono annoverare le cose che vi son sopravvenute come parti effettive della medesima (15), ma eziandio ai prodotti naturali del pegno, cioè ai frutti (16), ed ai figli delle schiave (17). Se fu dato il pegno sopra un fondaco di mercanzie, nel qual caso il creditore deve attendersene anzi deve sperarne lo spaccio, è specialmente diposto che le cose, le quali ne vengono alienate, sieno liberate dal pegno, e però il dritto di pegno ha sempre luogo solamente sulle merci esistenti (18), il che nondimeno non è da estendersi alle altre *universitates* (19). Se con lo stabilimen-

(9) L. 6. 8. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 1. C. *quae res pign.* (8. 17.)

(10) L. 11. C. *de remiss. pign.* (8. 26.). V. appresso § 209. Nota 17. Nondimeno debb' esservi un effettivo nuovo acquisto, e non basta semplicemente che un' alienazione si annulli L. 4. § 2. L. 10. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(11) V. appresso § 197. Nota 7.

(12) L. 29. pr. D. *de pignor.* (20. 1.)

(13) L. 3. C. *in quib. caus. pign.* (8. 15.) L. 7. § 1. D. *qui potior.* (20. 4.)

(14) L. 18. § 1. L. 21. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 16. pr. § 2. L. 29. § 2. D. *de pignor.* (20. 1.). Nondimeno il *peculium* che uno schiavo dato in pegno si acquista non vale come accessione L. 1. § 1. D. *de pignor.* (20. 1.)

(15) L. 13. pr. L. 32. L. 34. pr. D. *eod.* L. 7. § 1. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.) L. 11. § 2. D. *qui potior.* (20. 4.)

(16) L. 3. C. *in quib. caus. pign.* (8. 15.) L. 13. pr. L. 16. § 4. D. *de pignor* (20. 1.) Confr. appresso § 201. Nota 12-14.

(17) L. 29. § 1. L. 26. § 2. D. *eod.* L. 1. pr. D. *de salv. interd.* (43. 33.) L. 1. C. *de partu pign.* (8. 25.). Nella L. 29. § 1. D. cit. Paolo per verità restringe ciò al caso che il figlio della schiava sia nato presso l' oppignorante; ma gli altri testi non riconoscono questa restrizione, e lo stesso Paolo nella L. 18. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) pare che sia d' accordo in ciò.

(18) L. 34. pr. D. *de pignor.* (20. 1.)

(19) Per le greggi la L. 13. pr. D. *eod.* parla anche soltanto dell' obbligazione dei nuovi capi di bestiame che nascono, ma non già del liberarsi degli alienati.

to di un' ipoteca generale si unisce nel tempo stesso un pegno speciale di determinate cose, questo ha l'effetto che il creditore deve chiedere la sua sodisfazione primamente sopra di esse, e solo quando i pegni speciali non sono sufficienti, può rivolgersi sul resto del patrimonio (20).

2.° Per rapporto al credito. Senza bisogno di una particolar convenzione i pegni garentiscono l' intero credito e le sue accessioni, come interessi, pene convenzionali, e spese fatte per la cosa data in pegno (21), in quanto quest'interessi accessori non son fondati sopra un contratto conchiuso soltanto dopo stabilito il pegno (22). Ma è permesso di limitare il dritto di pegno ad una determinata somma o ad una certa parte del credito (23), e se una parte del debito è estinta, il creditore naturalmente non può prendere dal pegno che il residuo (24).

V. Costituzione del dritto di pegno.

1) *Per volontà privata.*

§ 107. Più comunemente il dritto di pegno nasce dall' oppignorazione volontaria mediante un atto giuridico, che ha per fine di costituire un pegno, e principalmente:

1.° Per via di convenzione, il che in vero da prima era il solo modo come costituivasi il pegno. Questa convenzione non richiede una forma speciale (1), quando l'alienazione della cosa per altre ragioni non abbia mestieri di certe forme (2), e quando non si ha intenzione di costituire un pegno da rimaner presso il creditore, non vi è neppure bisogno di tradizione del possesso (3). Il contratto può conchiudersi anche per via di procuratori (4), solamente, prima di Giustiniano allor-

(20) L. 2. C. *de pignor* (8. 14.) L. 9. C. *de distr. pign.* (8. 28.)

(21) L. 8. § 5. L. 9. § 3. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 13. § 6. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 18. D. *qui potior* (20. 4.) L. 6. C. *de pignor.* (8. 14.) L. 22. C. *de usur.* (4. 32.)

(22) L. 4. C. *de usur.* (4. 32.) Confr. anche L. 7. C. *de locat.* (4. 65.)

(23) L. 11. § 3. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 16. § 8. D. *de pignor.* (20. 1.)

(24) V. § 194. Nota 28.

(1) L. 4. L. 23. § 1. L. 34. § 1. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 4. D. *de fide instrum.* (22. 4.) L. 2. L. 9. C. *quae res pign.* (8. 17.)

(2) L. 1. § 2. L. 2. D. *de reb. eor. qui sub. tut.* (27. 9.)

(3) § 7. J. *de act.* (4. 6.) L. 17. § 2. D. *de pact.* (2. 14.) L. 1. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(4) L. 11. pr. L. 21. pr. D. *de pign.* (20. 1.) L. 11. § 7. L. 12. D. *de pign. act.* (13. 7.)

chè un procuratore del creditore senza mandato speciale pattuiva un pegno, l'azione di pegno dovea prima venir ceduta al creditore, ma ciò fu mutato da Giustiniano come un' operazione inutile (5). Non pertanto è necessario che l'obbietto del pegno appartenga all'impegnante (6), e che non cada sotto alcun divietò di alienazione (7). Nondimeno fino a che durò il proprio *in bonis esse* fu sufficiente che l'impegnante avesse la cosa *in bonis* (8). Oltre a ciò ci ha de' casi in cui l'oppignorazione di una cosa altrui è o diviene valida. 1) Essa è valida immediatamente allorchè A. è avvenuta col consenso del proprietario (9), B. ovvero allorchè questi maliziosamente ha serbato silenzio (10), C. ovvero allorchè l' impegnante ha la facoltà di rappresentare il proprietario (11); e 2) diviene valida posteriormente allorchè A. il proprietario posteriormente approva l' oppignorazione (12), o B. l'impegnante acquista la proprietà della cosa, presupposto però o che l'oppignorazione sia intervenuta espressamente solo pel caso del futuro acquisto (13), o che il creditore in buona fede abbia tenuto l' impegnante come proprietario (14); ma non diviène anche immediatamente valida allorchè il proprietario diviene erede dell' oppignorante (15), sebbene allora con l' *actio pignoratitia contraria utilis* egli nella qualità di erede possa esser costretto a render sicuro il creditore con

(5) L. 2. C. *per quas pers.* (4. 27.) Confr. con L. 11. § 6. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(6) L. 2. L. 16. § 1. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 3. D. *de pign.* (20. 1.) L. 5. C. *eod.* (8. 14.) L. 2. L. 4. L. 6. L. 8. C. *si aliena res pign.* (8. 16.); L. 2. C. Th. *de pignor.* (2. 30.)

(7) L. 9. § 1. D. *de pign.* (20. 1.) L. 1. § 2. D. *quae res pign.* (20. 3.) L. 4. D. *de fundo dot.* (23. 5.) L. 1. § 2. D. *de reb. eor. qui sub. tut.* (27. 9.) L. un. § 15. C. *de rei uxor. act.* (5. 13.) L. 7. C. *de reb. alien.* (4. 51.)

(8) L. 3. pr. L. 15. § 1. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 9. § 3. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 6. C. *si alien. res pign.* (8. 16.)

(9) L. 20. pr. L. 27. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 26. § 1. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 5. § 2. *in quib. caus. pign.* (20. 2.)

(10) L. 2. C. *si al. res pign.* (8. 16.)

(11) L. 11. § 7. L. 12. L. 16. pr. L. 18. § 4. L. 19. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 1. § 2. D. *de reb. eor. qui sub. tut.* (27. 9.) L. 1. L. 3. C. *si al. res. pign.* (8. 16.)

(12) L. 20. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 16. § 1. D. *de pignor.* (20. 1.)

(13) L. 16. § 7. D. *eod.* L. 7. § 1. D. *qui potior.* (20. 4.)

(14) L. 41. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 9. § 3. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 5. C. *si al. res. pign.* (8. 16.). Nel caso della *mala fides* del creditore egli non ottiene che un dritto di ritenzione contro l' oppignorante L. 1. pr. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 1. § 5. D. *de migrando* (43. 32.)

(15) L. 41. *de pign. act.* (13. 7.)

la conferma del pegno o con lo stabilimento di un altro pegno (16). A ciò si aggiugne che l'oppignorazione, anche in caso che il dritto dell'impegnante manchi o sia incerto, deve in alcuni rapporti almeno esser provvisoriamente riconosciuta (17). Le cose comuni non possono impegnarsi per intero se non da tutti i comproprietari insieme, giacchè l'impegno fatto da un solo di essi non vale che per la sua parte (18); ed è totalmente nullo, quando s'impegna al creditore la sua cosa propria (19), menochè non sia preceduta la vendita, e la cosa resti impegnata pel pagamento del prezzo (20).

2.° L'oppignorazione secondo le costituzioni imperiali può anche validamente farsi per via di legato, il che nondimeno pare di essersi ammesso la prima volta da Settimio Severo (21).

2) *Per disposizione del giudice.*

§ 198. In due diversi modi può anche il giudice stabilire un dritto di pegno.

1.° Per via di pegnoramento, *pignoris capio*. Dopochè si cominciò a far uso del pignoramento per autorità del magistrato anche come mezzo indiretto di coazione per incitare così al pagamento de' debiti (1) fu facile ammetter per una estensione immediatamente prossima che tutti i magistrati preposti all'amministrazione della giustizia avessero la facoltà di prendere ai debitori condannati o confessi, che non pagavano nel *tempus judicati*, tante cose quante la soddisfazione del creditore ne richiedeva; e di venderle a costui profitto, il che fu detto la *pignoris capio in causa judicati* (2). La prima traccia di ciò trovasi in

(16) L. 22. D. *de pignor.* (20. 1.). Sopra i molti tentativi di conciliar questo passo con la L. 41. D. *de pign. act.* (13. 7.) veggasi Gluk Sist. delle Pand. vol. XIV. p. 35. seg.; *Meyer* nell' Arch. per la prat. civ. vol. IX. p. 259. seg. *Muller* quivi p. 399. seg; *Sintenis* Dottrina del pegno Quistioni p. 99. seg.

(17) L. 21. § 1. L. 29. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 18. D. *de pign.* (20. 1.) L. 14. D. *qui potiores* (20. 4.)

(18) L. un. C. *si comm. res pign.* (8. 21.) L. 3. § 2. D. *qui potiores.* (20. 4.)

(19) L. 33. § 5. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 45. D. de R. J. (50. 17.)

(20) L. 1. § 4. L. 2. D. *de reb. eor. qui sub. tut.* (27. 9.)

(21) L. 26. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 9. D. *de annuis legat.* (33. 1.) L. 12. D. *de alim. leg.* (34. 1.) L. 1. C. *comm. de legat.* (6. 43.)

(1) V. sopra § 193.

(2) L. 10. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 50. D. *de evict.* (21. 2.) L. 5. § 10. D. *de agnosc. et al. lib.* (25. 3.) L. 3. § 1. D. *de reb. eor. qui sub tut.* (27. 9.) L. 15. L. 31. L. 58. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 1-3. C. *si in causa jud.* (8. 23.) L. 3. C.

un rescritto di Antonino Pio, il quale verisimilmente fu anche la fonte di questa nuova maniera di pegno (3). Posteriori rescritti, specialmente di Settimio Severo ed Antonino Caracalla portarono sopra ciò parecchie particolari disposizioni, segnatamente che anche altri magistrati avessero a mettere ad esecuzione il pignoramento, a richiesta di colui, innanzi al quale il giudizio erasi trattato (4), che il creditore dovesse aver sulla cosa pegnorata tutti i dritti di un effettivo creditore pignoratizio (5); che in mancanza di ragionevoli compratori, sulla sua domanda gli si dovesse attribuir la proprietà delle cose, previa stima (6), o, se amasse meglio aspettare, gli si dovesse dare l'immissione nel possesso delle medesime (7); che nondimeno non egli, ma solamente il giudice stesso ed al pubblico incanto potesse eseguir la vendita (8); e che si dovessero sempre pignorar prima le cose più inutili, e le mobili in preferenza delle immobili (9). Il pignoramento in questa forma divenne il più ordinario mezzo di esecuzione del dritto romano più recente, solamente Costantino escluse dal pignoramento gli schiavi destinati a lavorare la terra, gli animali da tiro, e gli utensili (10), ed Onorio ne escluse in generale tutte le cose necessarie all'economia rurale (11).

2.° Per via dell' immissione nel possesso, *missio in possessionem*. L'immesso dal momento che effettivamente ha preso possesso delle cose, alle quali l'immissione è relativa, ha sopra di esse un dritto di pegno, il quale, perchè risulta da un ordine giudiziale, *decretum praetoris* viene in preferenza appellato *pignus praetorium* (12). Nella fonte dell'immissione cioè nell'editto pretorio per verità non era attri-

quor. appell. non. rec. (7. 65.) L. 9. C. *de execut. rei jud.* (7. 53.), L. 7. C. Th. *de exaction.* (11. 7.)

(3) L. 31. D. *de re jud.* (42. 1.) Confr. con L. 15. pr. D. *eod.* Per verità anche Labeone di già conosce l' oppignorazione per rapporto ai debiti L. 9. § 6. D. *ad leg. jul. pecul.* (48. 13.), ma soltanto come un mezzo indiretto di costringimento insieme con la multa e con la cattura.

(4) L. 15. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.)

(5) L. 1. C. *si in causa jud.* (8. 23.) L. 2. C. *qui potior.* (8. 18.)

(6) L. 15. § 2. 3. 6. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 3. C. *si in causa jud.* (8. 23.)

(7) L. 3. C. *de execut. rei jud.* (7. 53.) L. 3. C. *qui potior.* (8. 18.)

(8) L. 1. L. 2. C. *si in causa jud.* (8. 23.)

(9) L. 15. § 2. D. *de re jud.* (42. 1.)

(10) L. 7. C. *quae res. pign.* (8. 17.) L. 1. C. Th. *de pignor.* (2. 30.)

(11) L. 8. C. *eod.*

(12) L. 26. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 18. § 6. 7. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 3. § 1. D. *de reb. cor. qui sub. tut.* (27. 9.) L. 1. L. 2. C. *de praetor. pign.* (8. 22.) L. 2. L. 3. C. *qui potior.* (8. 18.) L. 3. L. 5. C. *ut in poss. legat.* (6. 54.)

buito alla medesima questo effetto (13); ma un possesso corporale conceduto per garentia de' dritti si presentava da se come una specie di pegno consegnato. Intanto per difetto di disposizioni espresse intorno a ciò fu lungamente dubbio, se fosse da riconoscersi un vero dritto di pegno, o piuttosto un semplice pegno nel senso originario; Giustiniano il primo decise che il dritto di pegno pretorio si dovesse estendere anche agli oggetti incorporali del patrimonio (14), e che all'immesso competesse l'azione di pegno (15). Non per tanto il dritto di pegno pretorio differisce pur sempre in più punti dagli altri dritti di pegno (16). È principio particolare applicabile ad amendue le specie di pegno giudiziale, che in esse non vien preso in considerazione il divieto di alienare (17).

3) *Per disposizione della legge* (*).

§ 199. Per parecchi crediti si finge una oppignorazione talvolta solo di alcuni determinati oggetti, e talvolta anche di tutto il patrimonio del debitore, il perchè il dritto di pegno in tal guisa derivato, e che attualmente si suol chiamare dritto di pegno legale, o ipoteca legale, ne' fonti trovasi appellato *pignus tacite contractum* (1).

1.° Speciali dritti di pegno di tal fatta sono i seguenti. 1) Il locatore di un edifizio o di un locale in esso contenuto ha per tutti i dritti risultanti dall'affitto (2) un dritto di pegno legale su tutte le cose dell'*inquilino* quivi per l'uso di quel luogo introdotte, *invecta et illata* dal momento che sono state introdotte (3), il quale vale quasi come un pegno dato in mano del locatore, giacchè questi prima di esser soddisfatto

(13) Ciò risulta anche da ciò che nella L. 26. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) il Giureconsulto cerca di giustificare il *praetorium pignus* soltanto per via di ragionamento, e non si oppongono Cic. pro Quintio c. 27.; L. 3. C. *ut in poss. legat.* (6. 54.)

(14) L. 1. C. *de praetor. pign.* (8. 22.)

(15) L. 2. C. *eod.*

(16) V. appresso § 201. n. III. e § 202. n. II.

(17) L. 3. § 1. D. *de reb. eor. qui sub tut.* (27. 9.)

(*) *F. A. Meissner* Esposizione compiuta della dottrina del pegno tacito 2. vol. Lipsia 1803. e 4. 8.

(1) L. 3. L. 4. pr. L. 6. L. 7. pr. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.)

(2) L. 2. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.)

(3) L. 14. § 1. D. *de relig.* (11. 7.) L. 11. § 5. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 2-6. L. 7. § 1. L. 9. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.) L. 11. § 2. D. *qui potior.* (20. 4.) Nella sublocazione rispondono anche le cose del sottoconduttore, ma fino all'ammontare di ciò che questi deve pel suo affitto.

può impedire che le cose sieno *rimosse* dalla casa (4). Pare che questo dritto di pegno fosse fondato sulla consuetudine (5), e fosse il dritto di pegno legale più antico di tutti (6); ma prima di Giustiniano esso non avea luogo che in Roma e Costantinopoli (7). 2) Al locatore di un podere non compete per verità un somigliante dritto di pegno (8), quando egli non ha almeno pattuita la *illatio*, il che viene interpetrato come un'indiretta convenzione di pegno (9). Per contrario egli ha un dritto legale di pegno sopra i frutti del fondo locato (10), sulla cui origine però ci manca ogni notizia (11). 3) Quest'ultimo vale del pari del dritto di pegno, che il venditore di un'eredità ha sulle cose ereditarie (12). 4) Ma per un editto di Marc-Aurelio fu senza dubbio introdotto che colui il quale da in prestanza del danaro per la ricostruzione di una casa abbia sulla medesima un dritto di pegno (13). Per lo meno è certo che un Senato consulto sotto Marc-Aurelio estese questo dritto di pegno anche al caso che per commessione del proprietario si fosse prestato danaro all'intraprenditore della fabbrica (14). 5) Secondo una costituzione di Settimio Severo ed Antonino Caracalla il pupillo, col cui danaro il suo tutore o altri ha acquistato qualche cosa, riceve per la sicurezza della sua indennità un dritto di pegno sulla cosa comprata (15). 6) Giustiniano in fine diede ai legatari e fedecommessari un dritto di pegno su tutto ciò che il gravato ha conseguito dalla eredi-

(4) L. 1. D. *de migrando* (43. 32.) L. 34. D. *de damno inf.* (39. 2.)

(5) L. 4. § 1. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.)

(6) Dalla L. 3. L. 4. L. 9. D. *eod.* noi vediamo che già i Proculiani Nerva e Nerazio Prisco aveano scritto intorno a ciò, il che non si trova per niun' altra ipoteca legale.

(7) L. 7. C. *eod.* (8. 15.)

(8) L. 4. § 1. D. *eod.*

(9) L. 5. C. *eod.* L. 5. C. *loc. cond.* (4. 65.) L. 11, § 2. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 7. § 1. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.) L. 32. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 14. § 1. D. *de relig.* (11. 7.). V. appresso § 201. n. II.

(10) L. 7. pr. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.) L. 24. § 1. L. 53. D. *locati* (19. 2.) L. 63. § 8. D. *de furtis* (47. 2.)

(11) Secondo la L. 63. § 1. D. cit. si potrebbe quasi conchiudere che nelle locazioni era così in uso di riserbarsi un dritto di pegno su i frutti, che alla fine si riguardò come una cosa che s'intendeva di per sè stessa.

(12) L. 22. D. *de hered. vend.* (18. 4.)

(13) L. 24. § 1. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) Confr. con L. 1. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.)

(14) L. 1. D. cit.

(15) L. 6. C. *de servo pign. dato* (7. 8.) L. 3. pr. D. *de reb. eor. qui sub tut.* (27. 9.) L. 7. pr. D. *qui pot.* (20. 4.). In quanto al tutore il pupillo può anche appropriarsi la cosa. L. 2. D. *quando ex facto tut.* (26. 9.) L. 3. C. *arbitr. tut.* (5. 51.)

tà (16), e 7) ai creditori di un negoziante un dritto di pegno sull'impiego venale che questi abbia comprato pe'suoi figliuoli, o per altri parenti (17).

2.° Non meno numerose, ma in tutto più recenti sono le ipoteche generali legali. 1) La più antica è quella del Fisco, la quale può esser riportata al primo secolo dell' Impero (18), senza che per altro se ne conosca la fonte. Al tempo di Antonino Pio essa non avea luogo ancora per tutti i crediti del Fisco, ma solo sul patrimonio di certi determinati debitori (19), de'quali se ne nominano tre specie: i debitori delle imposte (20), i debitori per contratti fatti col Fisco (21), ed i Primipili (22), sotto il qual nome l' uso più recente del linguaggio comprendeva tutti coloro, ai quali era affidato il pagamento e l' amministrazione delle milizie (23). Pare che in questo stato fosser le cose anche nella fine del secondo secolo (24). Ma dopo quel tempo ben presto le costituzioni si trovano espresse in tal maniera da parere che l' ipoteca del Fisco avesse luogo contro tutti i suoi debitori (25), e nel quarto secolo Ermogeniano attesta che il Fisco ha sempre un dritto di pegno (26). Anche allorchè il Fisco è succeduto al credito di un altro, dal momento della successione deesi riconoscere il suo dritto di pegno (27), e solo alle pene pecuniarie ciò non si estende, giacchè per queste il Fisco viene dopo tutti gli altri creditori (28). 2) Nella medesima guisa che al fisco, compete anche sempre un dritto di pegno al Sovrano, a sua moglie, ed all'erede del trono (29). 3) I pupilli e quei che son soggetti a cura hanno sul patrimonio de' tutori e curatori anche di

(16) § 2. J. *de legatis*. (2. 20.) L. 1. C. *comm. de legat.* (6. 43.) Nov. 108. c. 2.
(17) L. 27. C. *de pignor*. (8. 14.)
(18) L. 10. pr. D. *de pactis* (2. 14.)
(19) L. 10. pr. D. cit.
(20) L. 5. § 2. D. *de censib*. (50. 15.) L. 1. C. *si propt. publ. pens*. (4. 46.) L. 1. C. *in quib. caus. pign*. (8. 15.)
(21) Fragm. *de jure fisci* § 5. L. 1. § 4. L. 2. D. *de reb. eor. qui sub tut.* (27. 9.) L. 28. L. 47. pr. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 2. L. 3. C. *de privil. fisci* (7. 73.) L. 2. C. *in quib. caus. pign*. (8. 15.)
(22) L. 1. C. *de privil. fisci* (7. 73.) L. 4. C. *in quib. caus. pign*. (8. 15.) L. 3. C. *de primipilo* (12. 63.)
(23) Theodor. Hermopolita IX. 9.; L. 6. C. Theod. de Cohortal. (8. 4.); L. 27. C. *de episc*. (1. 3.) L. 1. C. *de cond. ex lege* (4. 9.); *Panzirollus* Notit. dign. Or. c. 20.
(24) L. 3. § 8. D. *de jure fisci* (49. 14.) di Callistrato.
(25) L. 6. L. 7. C. *de priv. fisci* (7. 73.)
(26) L. 46. § 3. D. *eod.*
(27) L. 6. D. *eod.*
(28) L. 17. L. 37. D. *eod.*
(29) L. 6. § 1. D. *eod.*

quelli che non amministrano un dritto di pegno, del quale la prima volta si fa menzione in una costituzione di Costantino (30). 4) In più casi i figliuoli hanno un ipoteca sul patrimonio de' loro genitori. A. Da prima Valentiniano II. e Teodosio I. stabilirono che allorchè una madre passava a seconde nozze, senza aver prima rassegnata la tutela de' suoi figli, questi avessero anche un dritto di pegno sul patrimonio del padrigno (31). B. In seguito Antemio, nel caso che la madre si rimaritasse, diede ai figli del primo matrimonio un dritto di pegno sul patrimonio di lei per sicurezza dei *lucra prioris matrimonii* ad essi ricaduti (32). C. Giustiniano estese ciò anche alle seconde nozze del padre (33). D. Nel tempo stesso egli diede per tal caso ai figli sotto la patria potestà un dritto di pegno sul suo patrimonio per sicurezza dei *bona materna e materni generis* (34). E. Da ultimo Giustiniano dispose che per quei tali lucri nuziali, dei quali generalmente ai genitori non appartiene che l'usufrutto, i figliuoli avessero que' medesimi dritti, che in altro caso non ottengono, se non per le seconde nozze de' loro genitori, e però anche qui appartiene loro un dritto di pegno sul patrimonio de' genitori (35). 5) Alla moglie per tre specie di dritti fu conceduta da Giustiniano un' ipoteca sul patrimonio del marito. A. per sicurezza della sua dote (36), B. per la *donatio propter nuptias* (37), e C. pei capitali appartenenti al suo patrimonio parafernale, allorchè il marito gli ha riscossi (38). Nondimeno le eretiche sono escluse da questi dritti di pegno (39). 6) Dall'altro lato Giustiniano anche al marito diede un dritto

(30) L. 20. C. *de admin. tut.* (5. 37.) L. 7. § 5. 6. C. *de cur. fur.* (5. 70.) Nov. 118. c. 5.

(31) L. 2. § 2. C. *quando mulier* (5. 35.) L. 6. C. *in quib. caus. pign.* (8. 15.) Nov. 22. c. 40.

(32) L. 6. § 2. C. *de secund. nupt.* (5. 9.)

(33) L. 8. § 4. C. *eod.* Nov. 22. c. 24.

(34) L. 8. § 5. C. *eod.* L. 6. § 4. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.). Ciò non si applica agli altri avventizii dei figliuoli L. 6. § 2. C. *eod.*; ma il *Lohr* nell' Arch. per la prat. civ. vol. IX. n. 4. vol. X. n. 17. senza ragione nega questo dritto di pegno anche per rispetto ai *bona materna* e *materni generis*. Confr. *Sintenis* Manuale p. 328. seg.

(35) Nov. 98. c. 1.

(36) L. 30. pr. C. *de jure dot.* (5. 12.) L. un. § 1. C. *de rei uxor. act.* (5. 13.) L. 12. pr. § 1. C. *qui potior.* (8. 18.) Nov. 97. c. 2.

(37) L. 29. C. *de jure dot.* (5. 12.) L. 12. § 2. C. *qui potior.* (8. 18.). Nov. 109. c. 1.

(38) L. 11. C. *de pact. conv.* (5. 14.)

(39) Nov. 109. prooem c. 1. Se si considera che Giustiniano daprima diede quei dritti di pegno a tutte le mogli e non alle sole ortodosse, e che di poi li tolse per pena soltanto alle eretiche, manca nel fatto ogni ragione per negarli alle donne Giudee. La Nov. 109. riguarda soltanto l'eresia propria, e non già ogni credenza non cristiana.

di pegno sul patrimonio di colui che gli è debitore della dote(40), e fu anche da Giustiniano introdotto 7) il dritto di pegno sul patrimonio di colui, al quale fu legata qualche cosa sotto la condizione di conservare lo stato vedovile (41), come pure 8) sul patrimonio dell'enfiteuta a favore delle chiese (42). Siccome i dritti di pegno legale sono manifestamente delle singolarità, così ogni applicazione di analogia o estensione de' medesimi non è permessa, ed a cagione del finto contratto che serve ad essi di fondamento, anche qui come nel pegno convenzionale debbono escludersi tutte quelle cose, la cui alienazione è per legge vietata.

VI. TRASMISSIONE DI UN DRITTO DI PEGNO ESISTENTE.

§ 200. Il dritto di pegno si trasmette come un dritto accessorio:

1.° Sempre, allorchè 1) il credito, al quale è annesso, passa ad altri per cagione di eredità o di altra successione universale. Se vi sono più successori, ed il credito col dritto di pegno nella divisione non sia stato ceduto o aggiudicato ad un solo (1), tutti hanno il dritto di pegno per intero, sebbene del credito stesso a ciascuno non appartenga che una parte, il perchè ciascuno può esercitar da se solo il dritto di pegno (2), e quando uno l' ha venduto, il medesimo si estingue anche per gli altri (3). Pertanto i coeredi non sono da riguardarsi come investiti di diversi dritti di pegno fra loro eguali, ma sibbene come diversi investiti di un solo e medesimo dritto di pegno, del che la conseguenza notabile è che il pegno, per la soddisfazione di uno de' coeredi relativamente alla sua parte del credito, diviene interamente libero, il che nondimeno è temperato da ciò che i coeredi, se rimborsano al debitore la parte pagata, possono ristabilire per se il dritto di pegno (4). 2) Nel modo stesso nella cessione del credito il dritto di pe-

(40) L. un. § 1. C. *de rei uxor. act.* (5. 13.)

(41) Nov. 22. c. 44.

(42) Nov. 7. c. 3. § 2.

(1) L. 29. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 11. L. 14. D. *de distr. pign.* (20. 5.). La retta spiegazione della difficile ed ordinariamente mal compresa L. 29. D. cit. ci è data da *A. Guil. Wolff.* de pign. a creditoris heredibus in fam. herc. judicium deducto. Kil. 1843. 8.

(2) L. 1. L. 2. C. *si un. ex pluribus hered.* (8. 32.)

(3) V. appresso § 205.

(4) L. 11. § 4. D. *de pign. act.* (13. 7.) Confr. L. 8. § 2. D. *eod.* Siccome in altri casi il pagamento del debitore non vale mai come compra del credito, ma soltanto come estinzione del debito, così la strana disposizione della L. 11. § 4. D. cit. non si può spie-

gno passa nel cessionario (5), ed appunto per cagione del dritto di pegno ci ha più casi in cui alcuno può soddisfare un creditore anche a malgrado di lui, e richiedere per questo la cessione del credito, il che addimandasi *jus offerendi* (6). Questo dritto compete A. a tutti i creditori pignoratizi, i cui dritti di pegno han luogo reciprocamente sulla medesima cosa o sul medesimo patrimonio (7), nel qual caso però il creditore che paga non subentra nel posto del creditore soddisfatto anche pel suo proprio credito (8); B. al fidejussore, il quale ha prestato sicurtà pel medesimo debito, pel quale si è costituito il pegno (9), e C. ad ogni *justus possessor pignoris*, cioè al proprietario ed al possessore di buona fede del pegno, il quale non sia nel tempo stesso debitore, allorchè egli convenuto per la restituzione paga senza una precedente condanna (10), mentre un altro possessore, sebbene possa del pari evitare la restituzione pagando al creditore, pure non può per questo pretendere la cessione (11). Intanto col *jus offerendi* va anche congiunto lo svantaggio, che quando alcuno, al quale esso compete, nella vendita del pegno compra il pegno, ciò vien riguardato solo come un riscatto del pegno dal creditore che vende, cosicchè egli alla sua volta dee patire che altri eserciti contro di lui il *jus offerendi* (12).

2.° Per contrario senza il credito un passaggio del dritto di pegno

gare se non dalla solidalità del dritto del pegno ammessa nel testo, la quale per verità è unica nella sua specie. V. appresso § 208. Fa poi grandissima meraviglia che finora niuno abbia fatto attenzione alla L. 11. § 4. D. cit.

(5) L. 6. D. *de hered. vend.* (18. 4.) L. 11. L. 14. D. *de distr. pign.* (20. 5.) L. 5. § 2. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 6. L. 7. C. de O. et A. (4. 10.) L. 14. C. *de fidejuss.* (8. 41.). I dritti di pegno legale qui non formano alcuna eccezione L. 3. L. 7. C. *de privil. fisci* (7. 73.) L. 2. C. *de his qui in prior. cred. loc.* (8. 19.)

(6) *C. Haubold* Diss. de jure offerendi Lipsia 1793. 4.; *Muller* tratt. civ. n. 2.

(7) Paul. II. 13. § 8.; L. 11. § 4. L. 12. § 5. 6. L. 20. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 1. L. 5. C. *eod.* (8. 18.) L. 4. C. *de his qui in prior. cred. loc.* (8. 19.). Per un creditore precedente per verità il *jus offerendi* di rado può avere un interesse, ma nondimeno può avere utilità quando con un creditore posteriore siasi conchiuso il *contractus pignoratitius*, o anche una convenzione anticretica. Confr. *Muller* l. c.

(8) L. 20. D. *qui potior.* (20. 4.)

(9) L. 2. C. *de fidejuss.* (8. 41.) Confr. L. 2. D. *de pignor.* (20. 1.)

(10) L. 12. § 1. L. 19. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 32. § 5. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.)

(11) L. 16. § 3. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 12. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.). Non si oppone la L. 7. § 12. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 28. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(12) L. 3. L. 5. § 1. L. 6. D. *de distr. pign.* (20. 5.) L. 1. C. *si antiq. cred.* (8. 20.)

in generale non ha alcun senso; nondimeno per riguardi di equità e di convenienza sono ammesse alcune eccezioni. 1) Chi presta del danaro al debitore per pagare un creditore pegnoratizio, se ciò effettivamente è seguito, ottiene il dritto di pegno di quel creditore, come se egli da principio lo avesse avuto (13). 2) Lo stesso vale allorchè alcuno compra dal debitore il pegno con lo scopo che dal prezzo venga soddisfatto un creditore pignoratizio, nel qual caso si finge che egli sia subentrato nel credito e nel dritto di pegno del creditore pagato (14). 3) Se un creditore, consente che il debitore venda i suoi pegni per pagare un altro creditore, egli per questo ottiene parimente il dritto di pegno di quest'ultimo (15). 4) Nella novazione può anche convenirsi che il dritto di pegno costituito pel credito estinto passi nel nuovo (16), ed in certo modo può 5) anche qui riportarsi il caso quando un creditore pegnoratizio A. impegna ad altri il suo dritto di pegno (17), o B. vende il pegno senza essere in possesso del medesimo, nel qual caso egli è almeno tenuto di cedere al compratore la sua azione di pegno (18).

VII. DRITTI DEL CREDITORE PEGNORATIZIO.

1) *Dritto di revindicazione.*

§ 201. Il dritto principale originario di un creditore pegnoratizio, introdotto nello stesso editto del pretore è il dritto di rivendicare i pegni da ciascun possessore, il che in vero pel pegno dato in mano al creditore può farsi in ogni tempo (1), ma per la semplice ipoteca, solo quando il creditore può domandare la soddisfazione, e quando dopo aver sollecitato il debitore presente non ha potuto ottener nulla (2). Se è stabilito un termine per l'esercizio dell' ipoteca, bisogna anche aspettar

(13) L. 3. D. *quae res pign.* (20. 3.) L. 12. § 8. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 1. C. *de his qui in prior. cred. loc.* (8. 19.)

(14) L. 3. C. *eod.* L. 3. § 1. D. *de distr. pign.* (20. 5.) L. 17. D. *qui potior.* (20. 4.)

(15) L. 12. § 9. D. *qui potior.* (20. 4.)

(16) L. 11. § 1. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 3. pr. L. 12. § 5. L. 21. pr. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 18. D. *de novat.* (46. 2.) L. un. C. *etiam ob chirograph. pecun.* (8. 27.)

(17) V. § 195. n. III. 2.

(18) L. 13. D. *de distr. pign.* (20. 5.)

(1) L. 28. pr. D. *de pig. act.* (13. 7.)

(2) L. 5. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 7. § 4. C. *de praescr. 30. ann.* (7. 39.) L. 10. C. *de pignor.* (8. 18.)

questo termine (3), ma nondimeno da un altro lato anche prima della scadenza del debito viene ammessa la domanda della cosa ipotecata, se vi sia un particolare interesse di farla più presto (4). Se il creditore medesimo ne ha preso possesso senza incontrar resistenza, ciò per verità va esente da pena; ma subitochè la consegna vien ricusata è mestieri che egli promuova l'azione (5).

1.° Il mezzo legale ordinario in questo rapporto è l'*actio hypothecaria* (6), la quale appartiene alle *rei vindicationes* (7), perchè essa tende non già al pagamento del debito, ma semplicemente ad ottenere il pegno (8), ed è nel tempo stesso un'*actio arbitraria*, giacchè al convenuto viene imposto di consegnar la cosa solo mediante un *arbitrium de restituendo* (9). Intanto il convenuto può sempre evitare la restituzione soddisfacendo pienamente l'attore (10). Ma se egli preferisce la restituzione, dee consegnare insiem con la cosa anche le sue pertinenze ed accessioni (11), come pure i frutti che tuttora possiede (12). Per contrario l'attore non può mettere innanzi alcuna pretensione pel rimborso de' frutti consumati, eccetto allorchè sieno stati consumati dopo la contestazione della lite (13), ovvero sieno stati espressamente oppignorati, ed anche in questo caso un possessore in buona fede è libero dall'obbligo di pagarne il prezzo (14). Ma l'attore però per regola non è tenuto a rimborsare alcuna sorta di spese; solo allora vi è tenuto quando un possessore di buona fede che non è debitore o non ha contro il suo

(3) L. 12. § 2. D. *qui potior.* (20. 4.)
(4) L. 14. pr. D. *de pignor.* (20. 1.) Nov. 112. c. 1.
(5) L. 3. C. *eod.* (8. 18.)
(6) V. § 194. Nota 12-14.
(7) § 7. J. *de act.* (4. 6.) L. 16. D. *de serv.* (8. 1.) L. 17. D. *de pign.* (20. 1.) L. 12. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 66. D. *de evict.* (21. 2.) L. 10. C. *de pignor. act.* (4. 24.) L. 18. C. *de pignor.* (8. 18.) L. 2. C. *si un. ex plur. hered.* (8. 32.)
(8) L. 2. C. cit. L. 14. C. de O. et A. (4. 10.) L. 16. § 3. D. *de pignor.* (20. 1.)
(9) § 31. J. *de act.* (4. 6.)
(10) L. 16. § 3. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 11. § 4. L. 19. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 2. L. 12. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 2. C. *si un. ex plur. hered.* (8. 32.)
(11) L. 18. § 1. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 16. pr. § 2. L. 29. § 1. 2. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 1. C. *de partu pign.* (8. 25.) V. § 196. Nota 14-17.
(12) L. 3. C. *in quib. caus. pign.* (8. 15.) L. 13. pr. L. 16. § 4. D. *de pignor.* (20. 1.)
(13) L. 16. § 4. D. cit.
(14) L. 1. § 2. D. *eod.*

autore alcun dritto alla prestazione dell'evizione (15), o ha arrecato al pegno un miglioramento che sussiste tuttora (16). Se all'arbitrio del giudice non segue nè la soddisfazione nè la consegna del pegno, allora il convenuto, come in tutte le azioni arbitrarie, vien condannato a pagare all'attore i danni interessi, che egli dichiarerà con giuramento (17). A ciò che l'attore dee provare appartiene 1) in tutti i casi il fondamento del credito (18), l'origine del dritto di pegno (19), ed il possesso vero o finto del convenuto (20). Per regola 2) deve anche provarsi la validità, o la successiva convalidazione dell'oppignorazione (21), eccetto allorchè il convenuto stesso è l'oppignorante (22), o deriva il suo possesso dall'oppignorante (23), o questi gli potrebbe toglier di mano la cosa mediante l'azione Publiciana (24). E 3) se il possessore è parimenti creditore pegnoratizio, l'attore dee di più dimostrare che il suo dritto di pegno è più forte (25). Pure quest'ultimo da Giustiniano fu ristretto al caso che il convenuto non abbia da prima negato il dritto dell'attore, giacchè altrimenti dopo fatta la pruova egli dee incontanente consegnare la cosa, quantunque senza pregiudizio di poter da sua parte facendosi attore, dimostrare un dritto di pegno più forte (26). La prescrizione dell'azione di pegno è molto varia. 1) Un possessore in buona fede, il quale ha acquistato la cosa senza conoscere il dritto di pegno, è già assicurato per la *longi temporis possessio*, e per lunga stagione questa fu qui la sola possibile prescrizione. Ma Teodosio II. 2) permisé a ciascun possessore, meno al debitore ed a'suoi eredi di invo-

(15) L. 44. § 1. D. *de damno inf.* (39. 2.). Il mio articolo nell' Arch. per la prat. civ. vol. XX. n. 6.

(16) L. 29. § 2. D. *de pignor.* (20. 1.)

(17) § 31. J. *de act.* (4. 6.) L. 16. § 3. L. 21. § 3. D. *de pign.* (20. 1.) L. 12. § 1. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 1. pr. L. 2. L. 8. § 19. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 28. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(18) L. 10. C. *de pign. act.* (4. 24.) L. 1. C. *si pign. conv.* (8. 33.)

(19) L. 23. D. *de probat.* (22. 3.) L. 15. C. *de pignor.* (8. 14.)

(20) L. 16. § 3. D. *de pign.* (20. 1.)

(21) L. 23. D. *de probat.* (22. 3.) L. 15. § 1. D. *de pign.* (20. 1.) L. 41. D. *de pign. act.* (13. 7.) V. sopra § 197.

(22) L. 21. § 1. D. *de pign.* (20. 1.)

(23) L. 14. D. *qui potior.* (20. 4.)

(24) L. 18. D. *qui potior.* (20. 1.). La semplice pruova che l'oppignorante al tempo dell'oppignorazione era nel possesso della cosa, qui non è sufficiente a sostituire la pruova della legittima oppignorazione; imperocchè non si da un' *actio hypothecaria publiciana* L. 13. § 1. D. *de publ. act.* (6. 2.)

(25) L. 12. pr. § 7. L. 14. L. 16. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 10. D. *de pign.* (20. 1.)

(26) Nov. 18. c. 10.; Authent. *Item possessor* C. *qui potior.* (8. 18.)

care la prescrizione (27) allorchè fossero decorsi 30 anni dal momento che avrebbesi potuto intentar l'azione (28), e 3) Giustiniano finalmente ammise la prescrizione anche a favore del debitore e de' suoi eredi, solo si richiesero allora 40 anni da che l'azione avrebbe potuto aver luogo (29), il qual tempo è richiesto parimenti allorchè un creditore pignoratizio posteriore ha ottenuto il pegno dal debitore, ed o vive tuttavia il debitore, o il possessore vuol computare a suo favore il tempo del possesso del debitore (30). Nel caso in cui la prescrizione non comincia che allorchè si può intentar l'azione, essa viene interrotta anche con la istituzione dell'azione personale nascente dal credito (31). In due casi ha luogo l'eccezione che il creditore debba prima per altra via procurar la sua sodisfazione, *exceptio excussionis:* 1) allorchè insieme con un pegno speciale si è costituita anche una ipoteca generale, ed il creditore si vuol rivolgere in prima sulle cose che sono soltanto sottoposte alla generale ipoteca (32), e 2) quando il creditore si fa a domandare il pegno contro un terzo possessore prima di aver convenuto pel pagamento il debitore ed i suoi fidejussori, il che in vero prima si poteva (33), ma da Giustiniano fu vietato (34).

2.° Un certo pretore Salvio, pel quale non si deve intendere Salvio Giuliano che visse sotto Adriano diede ai locatori di fondi rustici, per rispetto ai frutti ed alle cose del conduttore introdotte nel fondo un proprio interdetto *adipiscendae possessionis*, *l'interdictum Salvianum* (35), il cui scopo sembra essere stato di surrogare mediante un sollecito mezzo legale il dritto di ritenzione che appartiene al locatore di una casa, giacchè questo negli affitti de' poderi non si poteva così facilmente esercitare. Ma dai frutti in fuori bisogna che siasi fatta una espressa oppignorazione, del resto nel contratto si può pattuire che tutte le cose introdotte nel fondo restino obbligate come pegno, o invece che alcune determinate cose debbano esser recate nel fondo per servir

(27) L. 12. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.) L. 14. C. *de O. et A.* (4. 10.) L. 1. L. 2. C. *si adv. cred. praescr. opp.* (7. 36.) L. 3. pr. C. *de praescr. 30. ann.* (7. 39.)

(28) L. 3. L. 7. pr. C. *eod.* Confr. con L. 7. § 4. C. *eod.*

(29) L. 7. § 1, C. *eod.*

(30) L. 7, § 2. C. *eod.*

(31) L. 3. C. *de annali exc. Ital. contr.* (7. 40.)

(32) V. § 196. Nota 20.

(33) L. 14. C. *de O. et A.* (4. 10.) L. 14. L. 24. C. *de pignor.* (8. 14.)

(34) Nov. 4. c. 2.

(35) Caj. IV. 147.; L. 2. § 3. D. *de interd.* (43. 1.) § 4. J. *eod.* (4. 15.); Theoph. ad h. l.; *Huschke* Studi del dritto Romano. Breslau 1830. n. 4.

di pegno al locatore (36), la quale ultima cosa vien presunta ancorachè siasi pattuita solamente l' introduzione (37); e bisogna anche che la introduzione sia effettivamente avvenuta (38). L'interdetto tende alla consegna delle cose con le loro pertinenze (39), e può promuoversi non solo contro il fittaiuolo, ma anche contro un altro possessore (40), ma se sono più locatori insieme, quest' interdetto non ha luogo tra di loro se non quando a ciascuno fu oppignorata semplicemente una parte ideale, mentre nell' oppignorazione *in solidum* non è ammessa che l'*actio hypothecaria* (41).

3.° Chi è immesso nel possesso di cose altrui può per far valere il suo dritto di pegno servirsi eziandio dell'interdetto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* (42), purchè si agisca fra il termine di un anno, la qual circostanza non si richiede solo nella *missio legatorum servandorum causa* (43), e purchè il possessore non sostenga un dritto, di pegno più antico, o contrasti che la cosa appartenga al debitore (44) giacchè altrimenti bisogna far uso dell' *actio hypothecaria*, e però qui l'immesso nel possesso non avea alcun dritto di azione prima che Giustiniano anche a lui non ebbe conceduta quest'azione (45).

2) *Dritto di vendere.*

A. Vendita propria.

§ 202. Il secondo dritto principale di un creditore con pegno è la

(36) Caj. l. c.; § 4. J. cit. L. 32. D. *de pign.* (20. 1.) L. 7. § 1. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.) L. 11. § 2. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 5. C. *in quib. caus. pign.* (8. 15.)

(37) L. 5. C. *loc. cond.* (4. 65.)

(38) L. 1. L. 2. D. *de Salv. interd.* (43. 33.) L. 32. D. *de pign.* (20. 1.) L. 14 § 1. D. *de relig.* (11. 7.) L. 5. C. *in quib. caus. pign.* (8. 15.)

(39) L. 1. pr. D. *de Salv. interd.* (43. 33.)

(40) Theoph. l. c. L. 1. pr. § 1. D. *eod.* Non si oppone la L. 1. C. *de precar.* (8. 9.) Confr. Basilica XXV. 2. § 36., e sulle diverse spiegazioni *Thibaut* nell' Arch. per la prat. civ. vol. XI. n. 7.

(41) L. 1. § 1. L. 2. D. *de Salv. interd.* (43. 33.). Sul fondamento della differenza veggasi Cujacio observ. V. 24.; *Savigny* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. VI. p. 268. seg.; *Thibaut* nell' Arch. per la prat. civ. vol. X. p. 470. seg.; *Lohr* quivi vol. XII. p. 92. seg. *Huschke* l. c. p. 373. seg.

(42) L. 1. pr. § 1-3. L. 3. pr. D. *ne vis fiat ei* (43. 4.)

(43) L. 1. § 8. D. *eod.*

(44) L. 1. § 4. D. *eod.*

(45) L. 2. C. *de praetor. pign.* (8. 22.)

facoltà di vendere il pegno a fine di esser pagato (1). Originariamente per vero il dritto di pegno conformemente all' antico *contractus pignoratitius* non conteneva questa facoltà, ma solo il dritto di rivendicare, mediante il quale si garentiva al creditore la possibilità di procurarsi il possesso corporale delle cose per tenerle come pegno in suo potere. E però il dritto di vendere presupponeva una espressa convenzione intorno a ciò; e così stava tuttora la cosa al principio dell'Impero (2). Ma indi a non molto fu ammesso il principio che si trova già fermato in Cajo, che il creditore possa sempre vendere, anche allorchè abbia promesso di ciò non fare (3). Nondimeno quando la cosa è oppignorata a molti, può vendere colui soltanto al quale compete un dritto di pegno più forte (4). Ed ancora non si può mai vendere il pegno prima che il credito sia in tutto o in parte scaduto (5), e se per contratto sieno stabilite particolari condizioni della vendita, bisogna che anche queste si sieno verificate (6). Per contrario il dritto di vendere una volta fondato, secondo una decisione di Gordiano non si perde neppure pel rifiuto di accettare il pagamento, eccetto allorchè il debitore abbia giudiziariamente fatto deposito del danaro (7). Intorno alla procedura nella vendita, come pure al tempo ed al luogo della medesima possono aver luogo delle convenzioni (8). In difetto di tali convenzioni il creditore prima di Giustiniano dovea intraprendere una *proscriptio pignoris*, cioè far noto per pubblici affissi che egli aveva a vendere un pegno, ed informarne anche il debitore (9), ed allorchè avea promesso di non vendere, era anche

(1) § 1. J. *quib. al. licet.* (2. 8.) L. 3. C. *si antiq. cred.* (8. 20.) L. 6. L. 7. L. L. 14. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 1. L. 2. C. *debit. vend. pign.* (8. 29.) L. 3. § 1. C. *de jure dom. impetr.* (8. 34.)

(2) L. 3. D. *quae res pign.* (20. 3.). Aristone, le cui parole qui son riferite, viveva già sotto Tiberio.

(3) Caj. II. 64.; L. 4. D. *de pign. act.* (17. 7.). Le parole « *hoc tamen jure utimur* » nella L. 4. cit. qui accennano che il mutamento era avvenuto sol per consuetudine. Confr. L. 12. § 10. D. *qui potior.* (20. 4.)

(4) L. 8. C. *qui potior.* (8. 18.) L. 1. C. *cred. evict. pign.* (8. 46.) L. 1. L. 5. pr. D. *de distr. pign.* (20. 5.)

(5) L. 4. D. *de distr. pign.* (20. 5.)

(6) L. 5. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 3. § 1. C. *de jure dom. imp.* (8. 34.)

(7) L. 8. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 2. C. *deb. vend. pign.* (8. 29.) L. 3. C. *de luit. pign.* (8. 31.) L. 10. L. 12. C. *de pign. act.* (4. 24.). Da prima pare che bastasse la semplice offerta del pagamento L. 5. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 6. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(8) V. i luoghi citati nella Nota 5.

(9) L. 4. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 3. pr. C. *de jure dom. impetr.* (8. 34.) Solo questa *proscriptio pignoris* può intendersi sotto la *solemnis venditio* nella L. 4. C. *cod.* L. 9. C. *de distr. pign.*, giacchè in altri casi non si trova alcuna formalità nella vendita.

necessario che per tre volte invitasse il debitore al pagamento (10). Intanto Giustiniano non solo dispensò dalla *proscriptio pignoris*, perchè questa nel tempo posteriore si soleva tralasciare (11), ma restrinse eziandio la necessità della notificazione della vendita che s'intendeva di fare al caso che il debitore non fosse stato condannato al pagamento; per questo però determinò che il creditore, il quale non avea espressamente pattuito per se il dritto di vendere, dovesse per eseguir la vendita attendere due anni dopo la notificazione o la condanna (12). Per la vendita del pegno non è prescritto il pubblico incanto; ma il creditore è tenuto di procedere onestamente e di vendere al maggior prezzo che è possibile (13), giacchè l'eccedente che vi potrà essere del prezzo non appartiene a lui (14). Perciò egli non può vendere a se medesimo nè direttamente nè per interposizione di un procuratore (15), e se son diversi pegni, non può alienarne più di quanto è necessario perchè egli sia soddisfatto (16); in questo però a lui si appartiene di scegliere a qual pegno voglia prima por mano (17). È indifferente se il creditore al tempo della vendita possegga o no (18). Il creditore per la vendita si obbliga di consegnare la cosa al compratore, e se egli non possiede, il compratore può in ogni caso pretendere da lui la cessione dell'azione di pegno (19). Ora se 1) concorrano tutte le condizioni di una legittima vendita del pegno, ed il dritto di pegno in se stesso sia valido, il

(10) L. 4. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(11) L. 3. pr. C. *de jure dom. impetr.* (8. 34.)

(12) L. 3. § 1. C. *eod.* Io qui non posso più tener per necessario l'avvertimento che daprima per eccezione si richiedeva per tre volte, giacchè le convenzioni che la L. 3. § 1. cit. riconosce, secondo il contesto possono esser solamente quelle tali che permettono la vendita, ed al più ne stabiliscono il procedimento.

(13) L. 14. L. 22. § 4. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 4. 7. 9. 10. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 1. 3. 4. C. *si vend. pign. ag.* (8. 30.)

(14) L. 24. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 21. § 3. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 20. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 12. § 5. L. 20. D. *qui potior.* (20. 4.)

(15) L. 10. C. *de distr. pign.* (8. 28.). Dalla L. 40. pr. § 1. D. *de pign. act.* (13. 7.) non si può provare che anche il debitore non avesse mai potuto comprare il pegno, imperocchè essa riguarda solamente il caso che il debitore sia proprietario del pegno, e per conseguenza non potrebbe comprar la sua cosa.

(16) L. 9. C. *de distr. pign.* (8. 28.)

(17) L. 8. D. *de distr. pign.* (20. 5.)

(18) L. 22. § 3. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 13. D. *de distr. pign.* (20. 5.) L. 12. D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.) L. 2. C. *de distr. pign.* (8. 28.) Non si oppone la L. 14. C. *eod.*, la quale rinvia il debitore all'azione del pegno soltanto per ottenere la possibilità della tradizione al compratore.

(19) L. 13. D. *de distr. pign.* (20. 5.) Confr. L. 13. C. *eod.* (8. 28.)

creditore trasferisce la proprietà (20), ed al debitore non rimane neppure il dritto di riscattarlo (21), eccetto se nella vendita siesi riserbato questo dritto (22). Nel tempo istesso la cosa è liberata dal dritto di pegno, giacchè il dritto di pegno de'creditori posteriori si estingue non meno che quello del creditore che ha venduto (23). Se con la vendita del pegno il creditore non ottiene la sua piena soddisfazione, il debitore per vero è ancora tenuto pel residuo (24); ma in quanto il creditore sia soddisfatto, il debitore è liberato, ed in questo rapporto la remissione o la stipulazione che il creditore faccia col compratore equivale all'effettivo pagamento del prezzo (25). Solo allorchè un altro creditore pegnoratizio, o un fidejussore ha comprato il pegno valgono altri principi, imperocchè questo si ritiene come compra del credito (26). 2) Per contrario se la vendita manchi delle legali o convenzionali condizioni e formalità, non si trasmette la proprietà (27), e però il debitore o chiunque altro sia il proprietario può rivendicare la cosa (28), e i dritti di pegno continuano (29). Non pertanto si ammette una eccezione allorchè il difetto sta solo nell'essersi di mala fede venduto a vil prezzo, imperocchè qui, se il compratore non è partecipe della colpa, solo il creditore può esser convenuto pel risarcimento del danno, ma la vendita rimane ferma (30), e se il compratore si è colluso col creditore, egli nondimeno non è tenuto a restituire la cosa, che quando non si possa ottenere indennità dal creditore, ed allora gli debb' esser restituito il prezzo che egli ha pagato (31). Le predette regole son soggette non pertanto ad alcune modificazioni 1) per le cose sottoposte a pignoramento,

(20) L. 15. L. 18. C. *eod.* (8. 28.) L. 46. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) § 1. I. *quib. al licet.* (2. 8.)

(21) L. 2. C. *si antiq. cred.* (8. 20.) L. 1. C. *si propt. publ. pens.* (4. 46.). Se la vendita per qualsivoglia ragione viene annullata, allora naturalmente rivive ancora la proprietà del debitore L. 10. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(22) L. 13. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 7. pr. § 1. D. *de distr. pign.* (20. 5.)

(23) L. 6. L. 7. C. *de O. et A.* (40. 10.) L. 1. C. *si antiq. cred.* (8. 20.) L. 3. pr. D. *de distr. pign.* (20. 5.)

(24) L. 9. pr. § 1. D. *de distr. pign.* (20 5.) L. 3. C. *eod.* (8. 28.)

(25) L. 26. D. *de solut.* (46. 3.) L. 24. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(26) L. 2. L. 5. § 1 L. 6. D. *de distr. pign.* (20. 5.) V. § 200. Nota 12.

(27) L. 5. 8. 10. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 12. § 1. D. *de distr. pign.* (20. 5.)

(28) L. 2. D. *si vend. pign. ag.* (8. 30.) L. 1. D. *de distr. pign.* (20. 5.)

(29) Nondimeno lo stesso creditore che ha venduto non può revindicare L. 10. D. *de distr. pign.* (20. 5.)

(30) L. 4. L. 7. D. *de distr. pign.* (8. 28.)

(31) L. 1. L. 3. L. 4. C. *si vend. pign. ag.* (8. 30.)

per le quali la vendita può sempre eseguirsi dopo due mesi (32),e non è impedita dall' esistenza di dritti di pegno più antichi, ma nondimeno i possessori di cosiffatti dritti debbono venir soddisfatti i primi dal ritratto dalla vendita (33); la vendita però non si fa dal creditore ma dal magistrato, ed al pubblico incanto, e però anche al creditore può esser permesso di comprare (34); 2) pel *pignus praetorium* per effetto dell' immissione nel possesso. In generale da ciò non risulta alcun dritto di vendere, e quando pur ne risulti,esso viene ben diversamente regolato (35).

B. Cessione della proprietà.

§ 203. Al creditore non è permessa un'alienazione del pegno diversa dalla vendita, ed anche meno si può egli appropriare il pegno in soddisfazione del suo credito (1). Anzi Costantino rigettò assolutamente la *lex commissoria*,la quale prima era ammessa, cioè che il pegno dovesse rimanere in proprietà del creditore, se il pagamento non seguisse al tempo debito (2). Solo per due vie il creditore può sussidiariamente ottener la proprietà, 1) allorchè il debitore formalmente gli vende il pegno,ovvero glie lo dà in luogo di pagamento, il che è ancora permesso dopochè il creditore ha già acquistato il dritto alla vendita, ma non toglie i dritti di pegno degli altri (3), e 2) allorchè il Sovrano perchè non si trova un conveniente compratore gli attribuisce il pegno pel prezzo di stima (4). In quest'ultimo caso il debitore conserva anche per un certo tempo il dritto di riscattarlo (5); di più la cessione, anche nell' ipoteca generale, non può mai cadere sull' intero patrimonio del debitore ma sibbene soltanto sopra singole cose, e presuppone una

(32) L. 31. D. *de re jud.* (42. 1.)

(33) L. 15. § 5. D. *eod.*

(34) L. 1. L. 2. C. *si in causa jud.* (8. 23.) Confr. L. 15. D. *de re jud.* (42. 1.)

(35) V. appresso la dottrina del concorso dei creditori.

(1) L. 10. C. *de distr. pign.* (8. 28.)

(2) L. un. D. Th. *de commiss. rescind.* (3. 2.) L. 3. C. *de pact. pign.* (8. 35.). Questo divieto non si può riferire al caso che il pegno sia stato anticipatamente venduto al creditore pel caso di non pagamento, il che è una vendita condizionale L. 81. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 16. § 9. D. *de pignor.* (20. 1.)

(3) L. 34. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 12. pr. D. *de distr. pign.* (20. 5.) L. 1. C. *si antiq. cred.* (8. 20.) L. 10. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 13. C. *de pignor.* (8. 14.) L. 4. C. *de evict.* (8. 45.)

(4) L. 24. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 63. § 4. D. *de adquir. rer. dom.* (41. 1.) L. 59. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 1-3. C. *de jure dom. impetr.* (8. 34.)

(5) L. 63. § 4. D. *de adquir. rer. dom.* (41. 1.)

richiesta del creditore, in cui egli esponga l'ammontare del suo credito ed i tentativi fatti per la vendita (6). Ma secondo gli antichi principi non occorreva che il debitore fosse precedentemente istruito di questa domanda, ed il dritto di riscatto durava solo un anno dall' aggiudicazione fatta dall' imperadore (7); ma per contrario Giustiniano dispose che il creditore debba in prima interpellare il debitore a pagare notificandogli la sua intenzione, e se il debitore non si trovi, debba farlo citare dal giudice in un termine determinato per pagare il debito; e che il pegno possa esser riscattato durante lo spazio di due anni (8). Altri creditori pegnoratizi non hanno il dritto di riscattare il pegno, anzi i loro dritti si estinguono come nel caso della vendita; solo rivivono allorchè il debitore ne fa il riscatto, giacchè allora la cessione della proprietà si ha come non avvenuta (9), e si ritiene anche come riscatto quando nel predetto termine son di nuovo pagati e ricevuti gl' interessi (10). Se il valore stimato supera il credito, il creditore dee pagar l'eccedente; ma se esso è inferiore al credito, il debitore rimane tuttavia obbligato al residuo (11). Secondo un rescritto di Settimio Severo e Caracalla questa aggiudicazione per mancanza di compratore ha luogo eziandio nel pignoramento (12). Ma quì anche il creditore, se non vuol subito ricorrere a questo espediente, può provvisoriamente farsi immettere dal giudice nel possesso delle cose pegnorate, il che fu parimente introdotto da un rescritto di Caracalla (13).

3) *Altri dritti.*

§ 204. In alcune circostanze oltre ai dritti principali innanzi esposti anche altri dritti appartengono al creditore pignoratizio.

1.° Nel pegno costituito per convenzione se avviene che il pegno non assicuri la promessa garentia, perchè non appartenga all'impegnante, o non abbia le necessarie qualità, il creditore può richiedere che gli si presti un'altra sufficiente sicurtà, e che sia risarcito del danno (1), il che

(6) L. 1. C. *de jure dom. impetr.* (8. 34.)
(7) L. 2. L. 3. pr. C. *eod.*
(8) L. 3. § 2-6. C. *eod.*
(9) L. 63. § 4. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)
(10) L. 2. C. *de jure dom. impetr.* (8. 34.)
(11) L. 3. § 4. C. *eod.*
(12) L. 15. § 3. 6. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 3. C. *si in causa jud.* (8. 23.)
(13) L. 3. C. *de execut. rei jud.* (7. 53.) L. 3. C. *qui potior.* (8. 18.)
(1) L. 1. § 2. L. 2. L. 9. pr. L. 16. § 1. L. 32. L. 36. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 22. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 6. C. *si al. res pign.* (8. 16.)

veramente da principio si applicava solo al pegno dato in mano al creditore, ma in seguito della estensione de' principii del *contractus pignoratitius* alla semplice ipoteca (2) dovè anche per questa essere ammesso.

2.° I frutti e gli utili del pegno in generale non appartengono al creditore pegnoratizio, neppure nel pegno che egli tiene nelle sue mani (3), ancorachè il suo dritto di pegno si estenda anche su i frutti (4); intanto s' incontrano delle eccezioni 1) allorchè per un prestito senza interessi si rilascia in pegno una cosa che produce frutti, nel qual caso il creditore finchè non si trova in *mora accipiendi* può prendere dai frutti l'ammontare degl' interessi legali (5), o 2) allorchè si è stabilito che il creditore debba ritenerne i prodotti in luogo di interessi (6), o come pagamento da imputarsi sul capitale (7), il che vien detto ἀντίχρησις e da al creditore anche la facoltà di dare in affitto (8). Per contrario se in altri casi il creditore ha ritratto degli utili dal pegno o dovrà imputarli sul debito o restituirli (9).

3.° Se sieno contrastate delle servitù reali appartenenti ad un fondo oppignorato, può anche il creditore intentare l'*actio confessoria* (10), e quando egli ha il godimento del pegno, appartiene parimente a lui anche l'esercizio delle servitù (11).

4.° Nel pegno dato in mano al creditore questi ottiene anche il possesso che produce gl' interdetti, e può per conseguenza valersi a sua difesa degl' interdetti possessorii (12), mentre nel resto l' oppignorante vien tenuto come possessore civile (13), e però ne nasce un partico-

(2) V. sopra § 194. Nota 21.

(3) L. 22. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 1. L. 2. L. 12. C. *eod.* (4. 24.)

(4) V. sopra § 196. Nota 16. e 17.

(5) L. 8. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.) L. 11. C. *de usuris* (4. 32.)

(6) L. 11. § 1. L. 1. § 3. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 14. L. 17. C. *de usur.* (4. 32.)

(7) L. 12. D. *de alim. leg.* (34. 1.) L. 9. D. *de ann. leg.* (33. 1.) L. 39. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(8) L. 11. § 1. L. 23. pr. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 14. C. *de usur.* (4. 32.) L. 33. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(9) L. 5. § 21. D. *ut in poss. legat.* (36. 4.) L. 1. 2. 3. 12. C. *de pign. act.* (13. 7.) L. 2. C. *de partu pign.* (8. 25.) L. 1. C. *de distr. pign.* (8. 28.)

(10) L. 16. D. *de servit.* (8. 1,) L. 9. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.)

(11) L. un. § 5. D. *de remiss.* (43. 25.)

(12) L. 16. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 1. § 15. L. 36. D. *de adq. poss.* (41. 2.) 35. § 1. L. 37. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(13) Nella L. 16. D. *de usurp.* (41. 3.) e L. 1. § 15. D. *de adq. poss.* (41. 2.) per verità all' oppignorante viene attribuito semplicemente il possesso all' usucapione; ma in-

lare rapporto quando il creditore pegnoratizio rilascia a lui medesimo il possesso corporale mediante comodato, precario, o locazione (14), imperocchè egli allora si dee riguardare come detentore del suo proprio detentore (15).

5.° Una volta che il creditore pegnoratizio è venuto legittimamente al possesso del pegno può anche per altri crediti ritenerlo contro il suo debitore, ma non già contro terzi, anche dopo che il debito per cui fu dato il pegno è stato estinto. Pare che questo dritto di ritenzione da prima fosse stato riconosciuto solo relativamente agl'interessi convenuti ma che non si potevano domandar con azione giudiziaria (16); ma da Gordiano ebbe dipoi l'ampia estensione che abbiamo accennata (17).

VIII. RAPPORTO DI PIU' CREDITORI PEGNORATIZI.

1) *Dritti di ciascuno in particolare.*

§ 205. Allorchè più persone hanno un dritto di pegno sulla medesima cosa o sul medesimo patrimonio può derivarne tra loro o la Priorità, o la Concorrenza, cioè o ha luogo una graduazione e per conseguenza uno precede all'altro in un determinato ordine, ovvero sono reciprocamente in egual condizione.

1.° In caso di Priorità solo il dritto di pegno più forte ha il suo pieno effetto, giacchè il creditore che va innanzi agli altri *prior creditor* può da ciascuno ripetere il pegno con l' *actio hypothecaria* (1), e per contrario egli medesimo, se è possessore del pegno, è protetto contro l'azione di pegno da parte degli altri mediante l' *exceptio hypotheca-*

dubitatamente anche a lui e non già al creditore, come *bonae fidei possessor*, si appartengono i frutti della cosa L. 22. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.); di più egli è che come possessore è soggetto alle imposte ed ai pesi. Per contrario la revindica secondo il dritto Romano avrebbe potuto bene aver luogo contro il solo creditore che avea in sua mano il pegno, essendochè egli solo era in istato di portar la cosa in giudizio L. 3. § 15. D. *ad exhib.* (10. 4.); ma ora non vi è alcuna ragione di non intentare la revindica anche contro l' oppignorante.

(14) L. 22. § 3. L. 29. L. 35. § 1. L. 37. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(15) L. 28. L. 37. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 6. § 4. D. *de precario* (43. 26.). Intanto può avvenir perfettamente lo stesso quando l' usufruttuario, il superficiario, o l' enfiteuta abbiano prestata o locata la cosa al proprietario medesimo.

(16) L. 4. C. *de usur.* (4. 32.) L. 8. pr. § 1. L. 25. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(17) L. un. C. *etiam ob chirographar. pecun.* (8. 27.)

(1) L. 12. pr. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 10. D. *de pignor.* (20. 1.)

-ria (2), purchè non neghi da prima il dritto di pegno dell'attore(3), ed ha esclusivamente il dritto di vendere il pegno (4). I dritti di pegno de' creditori susseguenti, *posteriores creditores* si debbono conseguentemente riguardare come dritti condizionali, giacchè tutt'insieme vengono meno subitochè il creditore pegnoratizio più forte procede alla vendita (5), e non risorgono se non quando il medesimo sia stato soddisfatto senza la vendita (6). Nondimeno i creditori posteriori 1) hanno dritto all' eccedente del prezzo ritratto dalla vendita, o all' eccedente del valore di stima, se il pegno sia attribuito al creditore; questo dritto però si esercita solo nell' ordine nel quale stanno tra loro (7). 2) Anche ad un creditore posteriore può rilasciarsi la cosa oppignorata come pegno da ritenersi in sua mano, o pel godimento anticretico, il che veramente non lo libera dall'obbligo di restituirla allorchè il creditore precedente ottiene la facoltà di riscuotere il pegno (8). 3) Inoltre anche un creditore posteriore può con l'azione ipotecaria revindicare il pegno da tutti coloro che non hanno un dritto più forte di pegno (9), e 4) la vendita del pegno da lui fatta divien valida allorchè col prezzo ritratto egli soddisfa i precedenti creditori (10). 5) Finalmente ogni creditore posteriore ha eziandio il dritto specialmente importante per lui di fare l'offerta *jus offerendi*, ma nondimeno con l'esercizio di questo dritto il suo proprio dritto di pegno non si eleva al grado del creditore soddisfatto (11).

2.° Nella concorrenza son da distinguere due casi: 1) Il *concursus pro parte* allorchè diverse parti ideali o reali di una cosa sono impegnate a diversi creditori, nel qual caso ogni dritto di pegno ha effettivamente un oggetto distinto, e però non avviene alcuna vera collisione, ma piuttosto ciascun creditore può senza alcuna limitazione da parte degli altri esercitare il suo dritto di pegno sulla sua porzione, e gli altri per rapporto a lui non possono neppure esser considerati come creditori posteriori (12); non pertanto per cagione di convenienza si dà a tutti

(2) L. 12. pr. § 7. D. *qui potior.* (20. 4.)
(3) Nov. 18. c. 10. V. § 201. Nota 26.
(4) V. § 202. Nota 4.
(5) V. § 202. Nota 23.
(6) L. 4. L. 12. § 1. D. *qui potior.* (20. 4.)
(7) L. 12. § 5. L. 20. D. *qui potior.* (20. 4.)
(8) L. 12. § 10. D. *eod.* L. 5. C. *eod.* (8. 18.)
(9) L. 12. pr. § 7. D. *eod.*
(10) L. 8. C. *eod.*
(11) L. 11. § 4. L. 12. § 6. 9. L. 16. L. 20. D. *eod.* L. 1. L. 8. C. *eod.* L. 4. C. *de his qui in prior. cred. loc.* (8. 19.)
(12) L. 10. L. 16. § 8. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 1. § D. *de Salv. interd.* (43. 33.)

reciprocamente *utiliter l'actio communi dividundo* per ottenere che il pegno sia aggiudicato ad un solo a condizione che soddisfi i rimanenti (13). 2) Il *consursus in solidum*, allorchè più dritti eguali di pegno si estendono sulla cosa intera. Anche qui può in vero ciascun creditore indipendentemente far valere il suo dritto di pegno, e se alcuno ha di già venduto o ha ottenuto dal Sovrano l'attribuzione del pegno, gli altri, come creditori posteriori, sono ristretti all' eccedenza del prezzo ritratto dalla vendita o del valore stimato (14). Ancora il semplice possesso del pegno basta già ad escludere gli altri (15), quando i crediti de' diversi creditori non sono fondati sopra un dritto comune, nel qual caso i creditori concorrenti possono con l'azione ipotecaria ottenere il composseesso (16). Ma nel caso che i creditori esercitino contemporaneamente i loro dritti dovrà sempre naturalmente attribuirsi loro il compossesso, e la ripartizione del prezzo (17).

2) *Graduazione.*

A. Secondo l'antichità.

§ 206. Sul rapporto de' dritti di pegno che cadono sul medesimo oggetto si propone la regola che il dritto di pegno più antico si preferisce al più recente (1), e i dritti di pegno che sono eguali in antichità concorrono *in solidum* (2), in quanto non sia espressamente impegnata a ciascun creditore solo una parte della cosa, ovvero non siasi fatta l'oppignorazione a più persone insieme per un credito comune, nel qual caso parimente, in mancanza di particolari convenzioni, ciascun creditore ottiene un dritto di pegno solo sopra una parte ideale della cosa oppignorata corrispondente alla sua parte nel credito (3). In questo rapporto è indifferente quale sia la causa che ha dato origine al pe-

(13) L. 7. § 6. L. 12. D. *comm. div.* (10. 3.)
(14) L. 20. § 1. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 10. L. 16. § 8. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 7. D. *qui potior.* (20. 4.)
(15) L. 10. D. *de pignor.* (20. 1.)
(16) L. 2. D. *de Salv. interd.* (43. 33.)
(17) Questo ha principalmente applicazione nel concorso.
(1) L. 1. pr. L. 2. L. 3. pr. L. 11. L. 12. L. 14. L. 20. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 18. C. *eod.* (8. 18.)
(2) L. 20. § 1. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 10. L. 16. § 8. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 7. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 1. § 1. D. *de Salv. interd.* (43. 33,)
(3) L. 10. L. 16. § 8. D. *de pign.* (20. 1.) L. 1. § 1. D. *de salv. interd.* (43. 33.)

gno (4), come pure se uno è un pegno dato in mano al creditore, ed un altro è una semplice ipoteca (5), ovvero uno è un dritto di pegno generale, ed un altro è speciale (6). Per certo a determinar l' antichità generalmente si riguarda il momento in cui esiste perfettamente così il credito come la causa costitutiva del pegno, sebbene il credito non sia immediatamente esigibile (7), ovvero sia posto un *dies ex quo* all'esercizio del dritto di pegno (8); nondimeno vengono qui in considerazione parecchie particolari disposizioni (9).

1.° Se anticipatamente si fa l'oppignorazione per un debito futuro, il dritto di pegno non prende data che dall'effettiva attuazione del medesimo (10), eccetto 1) quando il debito legalmente non può non aver luogo (11), o 2) quando il pegno è costituito per tutti i dritti derivanti da una relazione giuridica, nel qual caso parimente non si pon mente al tempo in cui le singole pretensioni hanno origine (12).

2.° Corrispondentemente il dritto di pegno per un debito condizionale, se la condizione è potestativa, prende data dal verificarsi della condizione, altrimenti si computa retroattivamente dalla stessa oppignorazione (13), e

3.° La stessa distinzione ha luogo allorchè la stessa oppignorazione è condizionale (14), e da ciò dipende 1) che il dritto di pegno del locatore sulle cose introdotte non prende data che dalla introduzione, la quale qui forma pel debitore una condizione potestativa (15), e 2) che il dritto di pegno sulle cose future del debitore comincia ad aver effetto dall'acquisto delle medesime, giacchè questo parimente dipende dalla volontà, il che A. si applica non solo allorchè le cose anticipata-

(4) L. 8. L. 10. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 15. § 5. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 2. C. *qui potior.* (8, 18.)

(5) L. 12. § 10. D. *eod.* L. 5. C. *eod.*

(6) L. 2. L. 8. D. *eod.* L. 4. L. 6. C. *eod*, Nov. 112. c. 1.

(7) L. 14. pr. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 5. § 1. D. *quib. mod, pign.* (20. 6.)

(8) L. 12. § 2. D. *qui potior.* (20. 4.)

(9) *Hepp* Diss. qua inquiritur ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat. Lipsia 1825. 8.

(10) L. 11. pr. L. 1. § 1. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 4. D. *quae res pign.* (20. 3.) L. 13. § 5. D. *de pignor.* (20. 1.)

(11) L. 1. pr. D. *qui potior.* (20. 4.)

(12) L. 9. pr. L. 18. *qui potior.* (20. 4.) L. 20. C. *de adm. tut.* (5. 37.) L. 7. § 5. 6. C. *de cur. fur.* (5. 70.) L. 6. § 4. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(13) L. 13. § 5. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 9. § 1. 2. L. 11. § 1. D. *qui potior.* (20. 4.)

(14) L. 13. § 5. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 9. § 1. D. *qui potior.* (20. 4.)

(15) L. 11. § 2. D. *eod.*

mente sono state sottoposte a pegno speciale pel caso dell'acquisto (16), ma B. anche nell' ipoteca generale per rispetto ai beni posteriormente acquistati (17), e soffre eccezione semplicemente pei frutti (18), come pure nel caso che il Fisco abbia venduto una cosa a credito, giacchè allora il suo dritto legale di pegno sulla cosa venduta medesima comincia di già col contratto di compra (19).

4.° Se l' oppignorazione invalida di una cosa altrui acquista vigore mediante l'approvazione del proprietario, ciò ha effetto retroattivo al tempo dell'oppignorazione (20), ma non è lo stesso allorchè il convalidamento segue per l'acquisto della proprietà (21).

5.° È al tutto singolare che il *pignus praetorium* di tutti i creditori immessi nei beni di un debitore si ritiene per egualmente antico senza aver riguardo al tempo della immissione (22), mentre nel rapporto con altri dritti di pegno anche nel *pignus praetorium* l' antichità decide della preferenza (23).

6.° Il dritto di pegno costituito per legato in ogni caso non può aver principio che con la morte del testatore (24).

7.° Se l'antichità di un dritto di pegno è ignota(25), non rimane altro che vedere il punto di tempo in cui l'esistenza del medesimo può primieramente esser provata.

8.° Tra i dritti di pegno pei quali la proprietà dell' oppignorante è incerta, se essi provengono dal medesimo oppignorante il più antico vien preferito secondo la regola ordinaria, in caso contrario prevale il possesso (26).

(16) L. 7. § 1. D. *eod.* Confr. con L. 16. § 7. D. *de pignor.* (20. 1.)

(17) L. 7. § 1. D. *cit.* L. 34. § 2. *de pignor.* (20. 1.). Non si oppongono le L. 21. pr. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 7. C. *eod.* (8. 18.) Di altra opinione sono la Glossa ad L. 7. § 1. L. 9. D. *qui potior.*; *Donellus* de pignor. c. 12. *Unterholzner* tratt. civ. n. 2.; *Baumbach* nell' Arch. per la prat. civ. vol. IV. n. 7.; ma veggasi *Gesterding* Dritto di pegno p. 58. seg.; *Gluck* Sistema delle Pand. vol. XVIII. p. 246. seg., vol. XIX. p. 232.; *Hepp* l. c. p. 167.; *Sintenis* Manuale p. 383. seg.

(18) L. 11. § 3. D. *qui potiores* (20. 4.)

(19) V. § 207. Nota 10.

(20) L. 16. § 1. D. *de pignor.* (20. 1.)

(21) L. 9. § 3. D. *qui potior.* (20. 4.) Confr. con L. 41. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 5. C. *si aliena res pign.* (8. 16.)

(22) L. 12. pr. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.) L. 10. pr. C. *eod.* (7. 72.)

(23) L. 2. C. *qui potior.* (8. 18.)

(24) L. 5. § 1. D. *quando dies* (36. 2.)

(25) Un caso di questa specie si trova nella L. 34. § 1. D. *de pignor.* (20. 1.)

(26) L. 14. D. *qui potior.* (20. 4.)

B. Per effetto di speciali privilegi.

§ 207. La regola che l'antichità nel rapporto de' dritti di pegno decide della preferenza soffre parecchie singolari eccezioni, per cui può avvenire che un dritto di pegno più antico perda di poi il suo posto di preferenza.

1.° In alcuni casi un dritto di pegno per riguardo al credito che ne vien garentito è privilegiato in ciò che debba esser preferito agli altri quantunque sieno più antichi. 1) Il più antico privilegio di tal fatta è senza dubbio quello che suol venire indicato come privilegio per le spese fatte sulla cosa, imperocchè esso di già s' incontra presso i giureconsulti classici. Pare che da principio questo privilegio senza una legge speciale fosse dedotto semplicemente da ragioni di equità (1), e però secondo la sua origine fosse fondato soltanto sopra una *interpetratio prudentum* fondata sulla pratica; esso ha luogo in due diversi rapporti: A. Chi presta danaro, materiali, o lavoro per riparare, o per fornire, o per rendere utile una cosa, ed ha per questo sia per convenzione, sia per legge (2) un dritto di pegno sulla cosa, va innanzi a tutti gli altri creditori per la presunzione che senza i suoi mezzi la cosa sarebbe perita o divenuta inutile (3), e B. se alcuno ha dato a credito ad un debitore i mezzi per comprare, o per edificare e compiere, ed in generale per acquistare una cosa, nel che si comprende anche la vendita della cosa a credito, il suo dritto di pegno sulla medesima acquistato (4) gode per lo meno della preferenza innanzi ai dritti di pegno di coloro che hanno una ipoteca generale sul patrimonio del debitore, o a cui il debitore avea anticipatamente impegnata la cosa, perchè si presume che il debitore senza il prestito fattogli non avrebbe acquistato la cosa, e per conseguenza gli altri suoi creditori non avrebbero potuto ottener sulla cosa alcun dritto di pegno (5), ma questa ragione non si adatta ai dritti di pegno derivanti da un primo proprie-

(1) L. 6. pr. D. *qui potior.* (20. 4.)

(2) Un pegno legale qui è possibile in due casi nel prestito che si fa per riparare una casa § 199. n. I. 4., e quando il creditore è il fisco § 199. n. II. 1.

(3) L. 5. L. 6. D. *qui potior.* (20. 4.)

(4) Anche qui può incontrarsi un pegno legale in due casi quando il creditore è il fisco, e quando la cosa sia acquistata col danaro di un pupillo § 199. n. I. 5.; ma nondimeno in generale è necessaria una oppignorazione espressa L. 17. C. *de pignor.* (8. 14.)

(5) L. 3. § 1. L. 7. pr. L. 21. § 1. D. *eod.* L. 7. C. *eod.* (8. 18.) Nov. 97. c. 3. 4.

tario, e però questi debbono conservar la preferenza (6). 2) Per rispetto all'antichità dopo di questo dee collocarsi il privilegio di già esistente al tempo di Antonino Caracalla della ipoteca generale del Fisco sul patrimonio del debitore di imposte, la quale deve sempre ottenere il primo posto innanzi a tutti gli altri dritti di pegno (7). Per contrario l'ipoteca generale del Fisco a cagione di altri crediti non è punto preferita (8), neppure in quanto al *Primipilus* (9). Solo s'intende da se che il privilegio per cagion delle spese fatte sulla cosa impegnata può applicarsi anche pei crediti del Fisco, in quanto si tratti precisamente della cosa, per la quale il Fisco ha dato a credito, ed in un caso di questa specie, allorchè una cosa è stata venduta a credito dal fisco, vi si aggiunge eziandio il piccolo favore che il dritto di pegno del Fisco sulla cosa venduta non prende data solo dalla tradizione fatta al debitore ma sibbene dalla vendita stessa (10). 3) Finalmente Giustiniano fu il primo che attribuì un privilegio anche al dritto di pegno delle mogli per la restituzione della dote, ma non già alle altre loro ipoteche (11). Questo privilegio applicasi esclusivamente allorchè la moglie medesima richiede la sua dote (12), e da principio colpiva solamente

(6) Non si oppone la Nov. 97. c. 3. 4.

(7) L. 1. C. *si propt. publ. pens.* (4. 46.) Confr. L. 1. C. *de condict. ex lege* (4. 9.)

(8) L. 8. L. 21. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 22. § 1. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 2. C. *de privil. fisci* (7. 73.). Non si oppone neppure, in rapporto dei beni acquistati dopo il contratto, la L. 28. D. *de jure fisci* (49. 14.); V. Nota 10. Sulle altre interpetrazioni di questo luogo Confr. *Gluck* sistema delle Pand. vol. XIX. p. 249.; *Unterholzner* tratt. civ. n. 2.; *Zimmern* e *Neustetel* Ricerche sul dritto Romano p. 294. seg.

(9) I crediti per l'amministrazione del Primipilo son dichiarati privilegiati da Aureliano in questo, che ne son tenuti anche i figliuoli, che non abbiano ereditato dal loro padre L. 3. C. *de primipilo* (12. 63.), ma non si trova in nessun luogo che anche un creditore pignoratizio anteriore debba cedere al fisco. Non si oppone la L. 4. C. *in quib. caus. pign.* (8. 15.)

(10) L. 1. § 4. L. 2. D. *de reb. eor. qui sub tut.* (27. 9.) L. 28. D. *de jure fisci* (49.14.). Che quest'ultimo testo non possa riguardare se non questo caso, il dimostrano le parole: « *praevenit enim causam pignoris fiscus* », le quali non si potrebbero altrimenti spiegare, e che anche *Hennemann* intorno alla ipoteca privilegiata del fisco sopra i beni del debitore acquistati dopo il contratto, Schwerin e Wismar 1800. 8. non ha spiegato in modo soddisfacente nella sua dichiarazione in tutt'altro esatta di questo passo. Il favore del fisco, di cui qui si ragiona, non può avere influenza se non quando il Fisco ha mutuato una sola parte del prezzo di compra, ed il resto è stato prestato da un altro mediante oppignorazione della cosa, nel qual caso il fisco debb'esser preferito a costui, perchè il suo dritto di pegno è cominciato prima.

(11) L. 30. D. *de jure dot.* (5. 12.) L. 12. C. *qui potior.* (8. 18.)

(12) § 29. J. *de action.* (4. 6.)

le cose dotali esistenti nel patrimonio del marito, sulle quali i creditori del medesimo non poteano far valere alcun dritto di pegno contro la moglie(13), ma dipoi fu esteso da Giustiniano anche al patrimonio particolare del marito (14), al che però si fanno delle importanti eccezioni. A. I dritti di pegno derivanti da un precedente proprietario, i cui possessori non sono tra i creditori del marito medesimo conservano la preferenza in confronto all' ipoteca della moglie (15), la qual cosa può incontrar solo per le singole cose, che il marito ha acquistate dopochè erano state oppignorate, mentre al contrario B. il privilegio dell' ipoteca fiscale a cagione delle imposte arretrate può in generale esser preferita, in quanto quest'ipoteca sia più antica (16). C. Se la dote procedente da un primo matrimonio del marito non si è ancora restituita, la moglie attuale debb' esser posposta allorchè viene in collisione non solo con la prima moglie medesima (divorziata) ma anche coi discendenti di lei, i quali come eredi della loro madre si facciano a richiedere la prima dote (17). D. Il dritto di pegno per le spese fatte sulla cosa per regola dee cedere al privilegio della moglie (18); nondimeno Giustiniano fece un'eccezione a favore del *creditor in militiam*, il quale ha prestato al marito il danaro per la compra di un impiego, o gli ha venduto a credito l' impiego (19). Se durante il matrimonio si fa un'aggiunzione alla dote *augmentum dotis*, il privilegio si estende anche ad essa, eccetto se l' aggiunzione si è data a bella posta in una cosa mobile, sebbene la moglie possegga degl' immobili, il che si ritiene come una fraudolenta simulazione di un 'aggiunta (20); ed inoltre alle mogli eretiche è interamente negato il privilegio (21).

(13) L. 30. C. *de jure dot.* (5. 12.)

(14) L. 12. C. *qui potior.* (8. 18.)

(15) Imperocchè la L. 12. C. cit. e la Nov. 97. c. 5. non parlano che di una preferenza della moglie rispetto ai creditori proprii del marito; ed ancora questa restrizione ha per sè questa ragione intrinseca, che la costituzione di dote in generale è profittevole ai creditori del marito, giacchè essa accresce i mezzi del marito, mentre i dritti di pegno di un precedente proprietario non se ne vantaggiano di nulla.

(16) Comunemente senza alcuna limitazione si da la preferenza al fisco; ma siccome la L. 12. § 1. C. *qui potior.* (8. 18.) dà precisamente alla moglie il primo posto, nel modo medesimo che la L. 1 C. *si propt. publ. pens.* (4.46.) lo dà al fisco, così secondo i veri principii si può applicare la regola: *aeque privilegiatus contra aeque privilegiatum utitur jure communi*, e per conseguenza è da vedersi quale ipoteca sia la più antica.

(17) L. 12. § 1. C. *qui potior.* (8. 18.) Nov. 91. c. 1.

(18) Nov. 97. c. 3.

(19) Nov. 97. c. 4.

(20) Nov. 97. c. 2.

(21) Nov. 109. c. 1.

2.° Dall'Imperadore Leone fu introdotta una cagione di preferenza possibile in tutti i dritti di pegno, disponendo che chi può provare il fondamento del suo dritto di pegno mediante un titolo pubblico debba esser preferito a colui che non ha alcun documento, o non può allegare che una scrittura privata; tranne se quest'ultima fosse almeno sottoscritta da tre testimoni degni di fede, perchè allora come un *instrumentum quasi publicum* sarebbe in questo rapporto assomigliata ad un titolo pubblico (22). La ragione non allegata di siffatta disposizione probabilmente è questa che le oppignorazioni, le quali non si fanno innanzi all'autorità o a' testimoni, possono facilmente mediante un' antidata farsi comparir più antiche che effettivamente non sono, e vengono più difficilmente a notizia del pubblico, il che accresce il pericolo che sieno ingannati i terzi, i quali potrebbero tener per sicuro un pegno già aggravato di troppo, e perciò Leone vuol promuovere l'oppignorazione pubblica. Siccome ne' dritti di pegno legali un documento sul fondamento del debito tien luogo della scrittura di pegno, e quindi anche qui è applicabile la distinzione di titoli pubblici e privati, e nel tempo stesso la mancanza di un pubblico documento anche qui dà luogo alle medesime apprensioni che nelle oppignorazioni convenzionali, così non v'è alcuna ragione per non far valere la preferenza del così detto *pignus publicum o quasi publicum* anche contro i dritti di pegno legali, e se si ammettesse il contrario, oltre a ciò che abbiam detto, ne risulterebbe un circolo inestricabile, allorchè tra un pegno privato e pubblico stesse in mezzo un dritto di pegno legale (23). Un pegno costituito mediante un legato deve a cagione della forma dei testamenti reputarsi sempre come un pegno pubblico, e sebbene i legati cedano a tutti i dritti costituiti tra vivi dal testatore (24), pure quel riguardar come pubblico il pegno costituito in un legato diviene importante allorchè l'erede di poi ha costituito sulla medesima cosa un dritto di pegno pubblico. Tra più pegni pubblici l' antichità decide della preferenza, e lo stesso in mancanza di una particolar disposizione dovrebbe aver luo-

(22) L. 14. C. *qui potior.* (8. 18.). Una opinione interamente dissimile hanno intorno a questa disposizione il *Bolley* Dottrina dei sottopegni pubblici Tubingen 1802. § 20. 21. 119-125, e *Gluck* sistema delle Pand. vol. XVIII. § 1081, la quale però poggia sopra un' erronea intelligenza della massima, che le scritture private fanno pruova soltanto contro l' autore delle medesime.

(23) *Lohr* nell' Arch. per la prat. civ. vol. VI. n. 6. vol. XII. n. 9. Di altra opinione sono *Francke* Aggiunte Gott. 1828. n. 5.; *Hepp* nel Giornale dei Giuristi di Elvers 1830. p. 340. seg.; *Sintenis* Quistioni sul dritto di pegno p. 112. seg.

(24) *Thibaut* tratt. civ. p. 127. seg.

go quando un dritto di pegno pubblico viene in collisione con un dritto di pegno privato privilegiato (25). Ma i dritti di pegno derivanti da un primo proprietario non possono venir esentati dalla preferenza del *pignus publicum* (26), mentre gli altri pegni privilegiati non sono ad essi preferiti che in parte (27).

IX. DRITTI DEL PROPRIETARIO.

§ 208. Siccome il dritto di pegno non è che un *jus in re*, e non ha per effetto una trasmissione della proprietà, se non quando il creditore pegnoratizio legittimamente vende il pegno, o il Sovrano glielo attribuisce in proprietà, così continua fino a questo punto la proprietà dell'oppignorante o di altri a cui la cosa appartenga, e de'loro successori. Ancora dal fin quì detto si scorge di già quali facoltà appartengono al proprietario.

1.° Se non si è conchiuso un *contractus pignoratitius* continua il possesso ad appartenere al proprietario, finchè il creditore non può far valere il suo dritto di pegno (1), ed anche nel caso che il creditore ha il possesso e con questo gl'interdetti possessorii, quegli eziandio si ritiene sempre come il vero possessore civile (2).

2.° Del pari appartengono al proprietario i frutti e gli utili del pegno (3), purchè questi per qualche ragione speciale non spettino al creditore (4). Prescindendo da tali eccezioni l'oppignorante anche allorchè non è proprietario può richiedere la restituzione de' frutti (5).

3.° L' inventore di un tesoro in un fondo oppignorato dee rilasciarne

(25) Imperocchè così del *pignus publicum* come dei dritti di pegno per causa d'imposte e di doti dicesi del pari che debbono precedere a tutti, e quindi qui vengono in collisione *aeque privilegiati*. Ma l' opinione comune è diversa. *Thibaut* l. c. p. 121. seg.

(26) Il primo proprietario mediante un antidata potrebbe certamente costituire un pegno privato dopochè la cosa non gli appartiene più.

(27) Veggasi la Nota 6. e 15. Di altra opinione è il *Thibaut* l. c. p. 311. seg. Confr. nondimeno *Wachter* nell' Arch. per la prat. civ. vol. XIV. n. 15.

(1) V. sopra § 201. Nota 2.

(2) L. 1. § 15. L. 36. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 16. D. *de usurp.* (41. 3.) V. sopra § 204. Nota 13.

(3) L. 22. § 2. D. *de pignor. act.* (13. 7.) L. 1. § 2. L. 16. § 4. D. *de pignor* (20. 1.) L. 5. § 21. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.) L. 1. L. 3. C. *de pign. act.* (4. 24.) L. 2. C. *de partu pign.* (8. 25.)

(4) V. sopra § 201.

(5) L. 22. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.)

roprietario e non al creditore pegnoratizio, anche quando
stato già dal Sovrano attribuito al creditore; ma non sia
trascorso il termine tra il quale si può riscattare (6).
pegno dal creditore è venduto, o a lui dal Sovrano è at-
li dee restituire al proprietario l'eccedente del prezzo ri-
vendita o del valore di stima (7), allorchè non vi sieno al-
, i quali allora vi hanno un dritto immediato (8). Non per
o di vendita il creditore non è tenuto a questa restituzio-
uando ha riscosso il prezzo, o senza una sua colpa l'avreb-
iscuotere (9).
tto legale di riscatto nell' attribuzione del pegno per auto-
rano è in verità ristretto al debitore (10), ma nella vendita
tore riserbar questo dritto a ciascun proprietario, il quale
he autorizzato alla revindicazione (11).
chè il pegno è caduto in mano de' terzi il proprietario può
da ogni possessore (12), ed anche dal creditore o dal com-
orchè il creditore non avea dritto al possesso (13), o il pe-
mente fu venduto (14).
timo il proprietario può anche a sua posta alienarlo sia al
edesimo (15), sia a qualunque altro (16), e solo in due casi
etto a restrizioni. 1) La prima restrizione ha luogo allorchè
obili sono state specialmente impegnate. Nondimeno le cose
ino o fittainolo introdotte nel fondo formavano anche a ciò
ne (17), e nel dritto nuovissimo di siffatta restrizione gene-
n è rimasto altro se non che la manomissione di schiavi spe-

§ 4. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)
. 7. L. 24. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 21. § 3. D. *de pignor.*
20. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 3. § 4. C. *de jure dom. impetr.*

§ 205.
§ 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 28. D. *de solut.* (46. 3.)
§ 3. C. *de jure dom. impetr.* (8. 34.)
pr. D. *de pign. act.* (13. 7.)
pr. D. *de rei vind.* (6. 1.)
. *de pignor.* (8. 14.)
L. 8. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 2. C. *si vend. pign. ag.* (8. 30.)
D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 12. pr. D. *de distr. pign.* (20. 5.) L. 10.
.) L. 4. C. *de evict.* (8. 45.)
. *de precar.* (8. 9.) L. 15. C. *de pignor.* (8. 14.) L. 10. C. *de remiss.*
L. 12. L. 17. C. *de distr. pign.* (8. 28.) Nov. 112. c. 1.
. 9. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.) L. 1. pr. D. *de salv. interd.*

cialmente sottoposti a pegno è nulla senza il consenso del cre giacchè altrimenti il dritto di pegno dovrebbesi interamente e re(18). Da prima in vero ogni alienazione di cose mobili speci impegnate, per la ragione che queste per tal mezzo poteano fa esser sottratte, non era permessa, eccetto quando fossero alie lo scopo manifesto di soddisfare col prezzo il creditore (19). E nevasi come furto, e però il debitore poteva esser convenuto d tore come ladro (20), e poteva inoltre esser punito per cagione lionato (21); la cosa alienata poi era sottratta all'usucapione (Giustiniano abolì ciò ed impose soltanto l'obbligo al debitore d senza indugio il creditore, altrimenti questi poteva incontanent dicare il pegno (23). 2) La seconda restrizione ha luogo allorc bitore ha promesso di non alienare la cosa impegnata sia mobi mobile, sia generalmente o specialmente oppignorata, nel qua assolutamente vietata l'alienazione (24), e siccome la mentovat sizione di Giustiniano non comprende questo caso, così debb valere ancora gli antichi principi sull'alienazione di mobili spec te impegnati (25).

X. ESTINZIONE DEL DRITTO DI PEGNO.

§ 209. Il dritto di pegno si estingue:

1.° Subitochè il debito pel quale esso è garante è pienamen

(18) L. 9. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.) L. 1-4. C. *de serv. pign. da* L. 1. C. *de remiss. pign.* (8. 26.)

(19) L. 6. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 8. § 1. D. *de distr. pign.* (20.

(20) L. 19. § 6. L. 68. pr. D. *de furtis* (47. 2.)

(21) L. 3. § 1. D. *Stellionatus* (47. 20.)

(22) L. 6. C. *de usuc. pro empt.* (7. 26.)

(23) Nov. 112. c. 1. È strano che prima di questa Novella si fosse inclinato dare come *res litigiosa* ogni pegno, subitochè il creditore nol possedeva. Co C. *de distr pign.* (8. 28.)

(24) L. 7. § 2. D. *de distr. pign.* (20. 5.)

(25) Al divieto convenzionale di alienare è impossibile attribuire un effetto di quel che avrebbe il divieto legale di alienazione (§ 160. Nota 18.), e per co non si può dichiarar nulla l'alienazione, il che non avrebbe neppure importan ditore, il quale può sempre rivendicare il pegno. Sol che si ponga mente a ciò, più bisogno nè delle emendazioni del *Faber* De error. Pragm Dec. 87. Err. *Costa* Ad instit. II. 8. § 2., nè della falsificazione, di cui viene incolpato qu senza ragione il *Baldo* (*Savigny* Storia del dritto Romano nel medio Evo vo 193. seg.), per mettere in armonia la L. 7. § 2. D. cit. col principio che una di non alienare non rende invalida l'alienazione V. sopra § 160.

to mediante pagamento, remissione, novazione, o altro qualsivoglia modo (1). Sono delle particolari eccezioni che in alcuni casi il dritto di pegno possa passare ad una nuova obbligazione (2), e che nella tacita rinnovazione di un affitto già finito continuino i dritti di pegno da prima stabiliti (3). Ma se per la restituzione nello stato primiero vien ristabilito il debito, anche il dritto di pegno da se medesimo rivive (4). In generale non nuoce al dritto di pegno che il dritto del creditore sia divenuto una *obligatio inefficax*, cioè pel sopravvenire di una eccezione perentoria abbia perduto la possibilità di farsi valere per via di azione (5), anzi il dritto di pegno può ancora farsi valere non solo allorchè l'azione personale è prescritta (6), ma eziandio in altri casi (7). Nondimeno s'incontrano delle eccezioni, nel *pactum de non petendo in rem* (8), allorchè deferito il giuramento si è giurato di non dover nulla (9), ed allorchè una sentenza ingiusta ha dichiarato il debitore libero dall' obbligazione (10). Nondimeno in quest'ultimo caso l' *exceptio rei judicatae* è di ostacolo solamente a richiedere il pegno, ma se il creditore lo possiede può ancora validamente venderlo (11).

2.° Per la rinunzia del creditore, *remissio pignoris*, per la quale del pari che per l'oppignorazione non v'è mestieri di alcuna forma parti-

(1) L. 9. § 3. L. 11. § 1. L. 40. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 4. D. *qui potiores* (20. 4.) L. 6. pr. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 18. D. *de novat.* (46. 2.) L. 43. D. *de solut.* (46. 3.) L. 1. C. si *antiq. cred.* (8. 20.) L. 2. C. *si pign. pignori dat.* (8. 24.) L. 7. C. *de remiss. pign.* (8. 26.) L. un. C. *etiam. ob chirograph. pec.* (8. 27.) L. 2. C. *debit. vend. pign.* (8. 29.) L. 12. C. *de compens.* (4. 31.) L. 19. C. *de usur.* (4. 32.)

(2) V. sopra § 200. Nota 13-16.

(3) L. 13. § 11. D. *locati* (19. 2.)

(4) L. 27. § 2. L. 50. D. *de minor.* (4. 4.) L. 10. § 1. D. *quod. met. causa.* (4. 2.). Per contrario con molta maraviglia deve estinguersi il dritto di pegno anche quando una remissione sia nulla per ragione di forma L. 1. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) Confr. con L. 5. C. *de remiss. pign.* (8. 26.)

(5) V. appresso § 217.

(6) L. 7. C. *de praescr. 30. ann.* (7. 39.)

(7) L. 59. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 2. C. *de luit. pign.* (8. 31.). « *Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota* ». È al tutto arbitrario il voler restringere queste parole generali alla sola prescrizione. Non si oppone la L. 14. § 1. D. *de pignor.* (20. 1.)

(8) L. 17. § 2. D. *de pactis* (2. 14.) L. 5. pr. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(9) L. 5. § 3. L. 13. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) Confr. con L. 27. L. 28. pr. § 3. D. *de jurejur.* (12. 2.)

(10) L. 13. D. cit.

(11) L. 27. D. *de pignor.* (20. 1.)

colare (12). In alcune circostanze si presume eziandio una rinunzia senza una dichiarazione espressa: 1) allorchè il creditore in luogo del suo pegno lascia costituirne un altro, o prestare altra cauzione (13); 2) allorchè senza poter dimostrare un altro scopo ha restituito il pegno o la scrittura del pegno (14); 3) allorchè ha legato al debitore il pegno che avea in suo potere (15); 4) allorchè senza far riserva del suo dritto di pegno ha consentito all'alienazione o ad una ulteriore oppignorazione della cosa (16), purchè l'alienazione sia valida (17), ed il consenso sia espressamente dato, giacchè il semplice tacere del creditore sulla alienazione o ulteriore oppignorazione non gli nuoce (18), eccetto 5) quando il debitore ha pubblicamente fatto conoscere, e notificato al creditore la sua intenzione di vendere (19), o quando il creditore 6) ha scientemente taciuto sulla manomissione di uno schiavo soggetto a pegno speciale o sulla *noxae datio* del pegno (20).

3.° Per l'alienazione del pegno in quattro casi: 1) allorchè è stato venduto dallo stesso creditore pegnoratizio, il che estingue il suo dritto di pegno in ogni caso (21), ed in quanto abbia legalmente venduto, estingue anche quello de' creditori posteriori (22); 2) allorchè la cosa è stata venduta dal Fisco (23); 3) allorchè il debitore ha venduto delle mercanzie di un fondaco soggetto al pegno (24), e 4) per effetto di una disposizione singolare di Giustiniano anche allorchè l'erede, il quale a-

(12) L. 5. pr. L. 7. § 2. L. 8. § 1. 5. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 23. C. *de pign.* (8. 18.) L. 2. C. *de remiss. pign.* (8. 26.)

(13) L. 19. § 3. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 5. § 2. L. 14. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 50. § 1. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 8. C. *de novat.* (8. 42.) Confr. con L. 13. § 4. D. *de pign.* (20. 1.) L. 6. § 1. 2. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(14) L. 2. § 1. L. 3. D. *de pact.* (2. 14.) L. 3. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 7. L. 9. C. *de remiss. pign.* (8. 26.)

(15) L. 1. § 1. D. *de liber. leg.* (34. 3.)

(16) L. 4. § 1. L. 7. L. 8. § 7-18. L. 9. § 1. L. 10. L. 12. pr. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 12. § 4. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 158. D. de R. J. (50. 1.) L. 2. C. *de remiss. pign.* (8. 26.)

(17) L. 4. § 2. L. 8. § 6. 7. L. 10. pr. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(18) L. 8. § 15. D. *eod.*

(19) L. 6. C. *de remiss. pign.* (8. 26.)

(20) L. 1. C. *eod.* L. 27. pr. D. *de noxal. act.* (9. 4.)

(21) L. 10. D. *de distr. pign.* (20. 5.)

(22) V. sopra § 202. Nota 23.

(23) L. 8 C. *de remiss. pign.* (8. 26.) L. 2. L. 3. C. *de quadrienn. praescr.* (7. 37.) V. sopra § 160. Nondimeno un creditore pignoratizio che si trovi in possesso qui non è tenuto a rilasciare la cosa L. 21. § 1. D. *qui potior.* (20. 4.)

(24) V. sopra § 196. Nota 18.

lima le cose ereditarie impegnate, ha accettato col beneficio dell' inventario (25).

4.° Per la distruzione o specificazione della cosa (26) in quanto la distruzione sia totale (27), la trasformazione della cosa non sia avvenuta gradatamente a poco a poco (28), e nessuno possa esser convenuto per lo rimborso del valore della medesima (29). Può anche riguardarsi come una distruzione civile la manomissione di schiavi sottoposti a pegno allorchè essa è valida (30), come pure il caso che sia oppignorato un dritto, e questo si estingua (31).

5.° Per la sopravvegnenza di un termine finale o di una condizione risolutiva, allorchè siffatte modalità furono aggiunte alla costituzione del pegno, o l'oppignorante non avea acquistata la proprietà che sotto una condizione risolutiva (32).

6.° Per la prescrizione, allorchè una persona diversa dal debitore o dal costui erede ha acquistato il pegno in buona fede e senza saputa del dritto di pegno, e lo ha posseduto per lo spazio del *longum tempus*, ovvero per 30 o 40 anni, se egli medesimo è un creditore posteriore, nel qual caso secondo le disposizioni di Giustiniano non compete più solamente una eccezione contro l'azione di pegno, ma il dritto stesso di pegno si estingue (33). Per contrario il pegno non si estingue assolutamente per la confusione allorchè il creditore acquista la proprietà, o il proprietario che non è nel tempo stesso debitore acquista il credito, o un terzo acquista l'una cosa e l'altra, il credito cioè ed il pegno (34); imperocchè sebbene qui in generale le conseguenze e gli effetti dell'oppignorazione debbano cessar come inutili (35), nondimeno allorchè non

(25) L. 22. § 5. 6. 8. C. *de jure delib.* (6. 30.)

(26) L. 8. pr. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 18. § 3. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(27) L. 29. § 2. D. *de pignor.* (20. 1.)

(28) L. 13. pr. D. *eod.*

(29) L. 16. § 2. L. 27. D. *eod.*

(30) L. 2. L. 3. C. *de serv. pign. dato.* (7. 8.) L. 1. C. *de remiss. pign.* (8. 26.)

(31) L. 8. pr. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 13. § 2. D. *de pign.* (20. 1.) L. 40. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 1. C. *si pign. pignori* (8. 24.)

(32) L. 3. L. 6. pr. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(33) L. 8. pr. § 1. C. *de praescr. 30. ann.* (7. 39.) Confr. con L. 7. C. *eod.*

(34) *Wening — Ingenheim* nell' Arch. per la prat. civ. vol. VI. n. 5. Di altra opinione sono il *Lohr* nel Mag. per la giurisprudenza vol. IV. p. 73. seg.; *Francke* tratt. civ. n. 2. *Geduld v. Jungenfeldt* Dei dritto di pegno sulla propria cosa. Giessen 1827. 8.; *Sintenis* Manuale § 17.

(35) L. 20. § 3. L. 29. L. 34. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 33. § 5. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 45. D. de R. J. (50. 17.) L. 30. § 1. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.)

concorre una rinunzia al dritto di pegno (36), nel rapporto con gli altri creditori pegnoratizi si finge che il dritto di pegno continui, e però esso può farsi valere contro costoro non pur con la *exceptio*, ma eziandio con *l'actio hypothecaria* (37), e gli altri creditori non possono aver pretensione al pegno se non mediante il pagamento del creditore, il quale dal suo canto non può ricusarlo (38). Inoltre se il creditore non ha acquistato che una proprietà rivocabile, dal momento che questa si rivoca rivivono tutti gli effetti del dritto di pegno (39). E neppure si estingue il dritto di pegno per la circostanza che sia stato giudicato contro l'oppignorante che egli non sia proprietario del pegno, giacchè il creditore può ciò non ostante fornire la pruova che il suo oppignorante sia stato proprietario (40).

XI. *JUS PRAEDIATORIUM.*

§ 210. Si formò presso i Romani una teoria particolare sulla prestazione di sicurtà da darsi allo Stato o ai Comuni da parte di coloro che prendevano in affitto terre o entrate pubbliche, ovvero per via d'incanto aveano preso l'appalto di pubblici edifizi, il che dicevasi *jus praediatorium* (1) ed almeno in parte ebbe origine senza dubbio dagli editti de' Censori incaricati di quelle locazioni e licitazioni (2). I conduttori o intraprenditori doveano in tal caso prestare *praedes et praedia* s. *bonapraedia*, cioè fidejussori sicuri e pegni (3). Ne' tempi antichi questi

(36) L. 9. pr. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(37) L. 30. § 1. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.) L. 3. C. *de his qui in prior. cred. loc.* (8. 19.) L. 10. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 30. C. *de jure dot.* (5. 12.) L. 1. C. *comm. de legat.* (6. 43.) L. 19. D. *qui potior.* (20. 4.)

(38) L. 1. C. *si antiq. cred.* (8. 20.) L. 4. C. *de evict.* (8. 45.) L. 2. L. 5. § 1. L. 6. D. *de distr. pign.* (20. 5.)

(39) L. 59. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(40) L. 3. pr. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 5. C. *eod.* (8. 18.)

(1) Cic. pro Balbo c. 21.; Valer. Max. VIII. 12. § 1.; *Suetonius* in Claudio c. 9.

(2) Nondimeno che anche il *jus praediatorium* in parte sia provenuto dall' uso si può argomentare da Cic. in Verr. II. l. c. 54.

(3) Cic. l. c.; ad famil. V. 20.; *Varro* de L. L. IV. 4. « Praedia dicta item ut praedes a praestando, quod ea pignori data publice mancipes fidem praestent »; Idem V. 7. » *Praes* qui a magistratu interrogatus in publicum ut praestet: a quo et cum respondet dicitur *Praes* »; Festo p. *Praes* « *Praes* est is qui populo se obligat, interrogatusque a magistratu, si praes sit, ille respondet: Praes »; Inscriptio Neapolitana (op. Salmasium de modo usur. p. 338.): » Lex parieti faciundo in area quae est ante aedem Serapis trans viam. Qui redemerit praedes dato, praedioque subsignato duumvirorum arbitratu »; Ascon. ad Cic. in Verr II. 1. c. 54. » Bonapraedia dicuntur bona satisdationibus ob-

pegni naturalmente si costituivano mediante la *fiducia*, e dalla mancipazione a questo fine fatta potè derivare che colui il quale conchiudeva il contratto, e che ordinariamente era un procuratore del vero locatario o intrapprenditore, come la natura stessa delle cose richiedeva, allorchè la locazione facevasi ad una *societas publicanorum*, era nominato *manceps* (4), ma dopo che fu introdotto il dritto di pegno pretorio anche qui bastò la semplice costituzione di un' ipoteca (5). Forse da ciò derivò che il *jus praediatorium* più tardi cadde in dissuetudine, e le prestazioni di sicurtà da darsi allo stato furono trattate secondo i principi generali, e per tal ragione nelle fonti di dritto non si contiene quasi nulla sopra di ciò. Noi sappiam solamente che i beni de' *praedes* come anche i *praedia*, quando ciò era necessario per fare indenne la cassa dello stato, erano venduti al pubblico incanto, dopo una precedente pubblicazione fatta per editto, dai magistrati che aveano procurata la locazione o licitazione (6); che i compratori furon chiamati *praediatores* (7); e che il primo proprietario senza riguardo a buona fede ricuperava le cose per l'*usureceptio*, quando le avea possedute per due anni (8).

omnia, sive sint in mancipiis, sive in pecunia numerata; praedia vero domus, agri. Haec omnia venduntur, si rationi publicae locator sartorum tectorum non responderit. Ad hoc autem haec omnia sunt obnoxia, ut pro sua voluntate agat redemptor operis, quidquid suo periculo facit », e più appresso: « Praedia sunt res ipsae, praedes homines, id est fidejussores, quorum res *bonapraedia* uno nomine dicuntur ». Il conduttore di fondi pubblici anche nei tempi più recenti dell' Impero era tenuto a prestare fidejussori o pegni sicuri L. 1. C. *de locat. praed. civ.* (11. 70.) L. 9. pr. D. *de publican.* (39. 4.); L. 14. C. Th. V. 13.; L. 3. C. *de omni agro des.* (11. 58.) L. 7. C. *de fund. patrim.* (11. 61.)

(4) Festo p. *Manceps*; *Ascon.* ad Divinat in Q. Caecil c. 10.; *Varro* l. c.; *Hyginus* de cond. agror. p. 205. ed. Goesii; *Orelli* Inscr. n. 3221., 3347., 3351., 4217.; *Gruteri* Inscr. p. 414. n. 10.; L. 53. D. *locati* (19. 2.) L. 11. C. *de vectigal.* (4. 61.). Pare quasi che vi fossero delle persone, le quali a fine di lucro faceano professione di far da *mancipes*, imperocchè nella *Orelli* Inscr. n. 3185. si parla del *corpus omnium mancipum* che era in Roma, se pure qui non s' intenda di quei *mancipes* di un' altra spezie al tutto differente, che troviamo nella L. 26. L. 34. L. 36. L. 46. C. Th. *de curs. publ.* (8. 5.)

(5) Caj. II. 61. L. 21. § 1. D. *qui potior.* (20. 4.)

(6) *Sueton.* l. c.; Cic. in Verr. II. 1. c. 54.; *Ascon.* ad h. l. (V. Nota 3.)

(7) Caj. II. 61.; Cic. ad Attic. XII. 17. pro Balbo c. 20. Per una falsa intelligenza dell' ultimo passo Val. Max. ha elevate a Giureconsulti due persone conosciute come *praediatores*, cioè Furio e Cesellio, ai quali il Giureconsulto Q. Mucio rinviava coloro, che lo consultavano sul *jus praediatorium*, il che il Salmasio l. c. censurando Cicerone trascrive da lui.

(8) Caj. l. c.

CAPITOLO VI.

MEZZI GIURIDICI PARTICOLARI PER CONSERVARE LO STATO ATTUALE DI UN FONDO.

1. *ACTIO AQUAE PLUVIAE ARCENDAE* (*).

§ 241. Contro le dannose innovazioni sui fondi ci ha una moltitudine di mezzi legali che ordinariamente si allogano nel dritto di obbligazione, ma più convenevolmente possono qui ridursi. Tra tutti questi il più antico ha potuto essere l'*actio aquae pluviae arcendae*, azione *in personam* (1), la quale apparteneva di già alle XII. Tavole (2), in cui probabilmente era prescritta la destinazione di un *arbiter*, per decidere sul chiesto rimedio (3). L'azione riguarda il caso che l'attual corso dell'acqua su di un fondo sia immutato a pregiudizio di un fondo vicino (4), e le sue originarie condizioni son le seguenti : 1) il fondo, sul quale l' innovazione è seguita, non debb' esser pubblico, ma trovarsi nella proprietà privata di alcuno (5). 2) L' innovazione dev' essere avvenuta per mano dell' uomo (6), e non consister semplicemente ne' provvedimenti che ordinariamente son presi per tenere asciutti i campi mediante solchi o scolatoi (7). 3) Il pericolo dee minacciare i campi, giacchè per gli edifizi si può far uso soltanto dell'azione negatoria (8). 4) L'innovazione dee aver non già semplicemente fatto cessare un'utile affluenza di acque, ma sibbene cagionato un danno positivo (9). 5) Solo il proprietario del fondo danneggiato ha la facoltà d' intentar quest'azione; del resto non importa se al tempo dell' innovazione avea già avuta la proprietà, o no (10). E 6) si dà solamente contro colui al quale al tempo che l'azione si promuove appartiene il fondo, dal quale il dan-

(*) *Elvers* Il dritto del corso di acque nella Temi. Nuovi effetti vol. III. n. 13. § 14. seg.

(1) L. 6. § 5. D. *de aqua et aqua pluv.* (39. 3.)

(2) L. 21. D. *de statu liber.* (40. 7.)

(3) Cic. top. c. 9.; L. 24. D. *de aqua et aqua pluv.* (39. 3.)

(4) L. 1. § 1. 2. 6. 8. 13-15. 22. 23. L. 2. pr. L. 6. D. *eod.*

(5) L. 3. § 3. D. *eod.* Confr. L. 1. § 18. D. *eod.*

(6) L. 1. § 1. 2. 8. 10. 15. L. 2. § 6. L. 11. § 6. L. 14. § 1. D. *eod.*

(7) L. 1. § 3-5. D. *eod.*

(8) L. 1. § 17. D. *eod.*

(9) L. 1. § 11. 21. L. 2. § 5. D. *eod.* L. 26. D. *de damno inf.* (39. 2.)

(10) L. 3. § 4. L. 6. § 4. D. *de aqua et aqua pluv.* (39. 3.)

ne è protetto (11), e questi non è liberato per l'alienazione che ne faccia dopo contestata la lite (12). Non per tanto secondo la pratica più recente l'azione si ammette 1) anche nelle immutazioni che non provengono dall'uomo (13), come pure 2) per gli edifizi, quando son destinati all'economia rurale (14). 3) La medesima tanto attivamente quanto passivamente è stata estesa non solo ai possessori degli *agri vectigales* (15) ma anche all'usufruttuario stesso (16), e però si può senza esitazione ammettere che essa in generale si applichi a tutti coloro che hanno un podere nel loro patrimonio (17). 4) Da ultimo Diocleziano la permise per tutte le innovazioni che fanno cessare un' utile affluenza di acqua, allorchè questa da tempo immemorabile esisteva (18). Per rispetto allo scopo dell'azione è da distinguere:

1.° Se il convenuto medesimo ha fatto l' innovazione, l'azione tende a far ristabilire lo stato primiero (19), ed a far risarcire tutt' i danni avvenuti dopo la contestazione della lite, ma non già anche quelli avvenuti prima (20).

2.° Lo stesso vale allorchè l' innovazione è proceduta da uno schiavo del convenuto, nel qual caso questi può liberarsi mediante la *noxae datio* dello schiavo, o quando il convenuto è nel tempo stesso erede dell'autore dell'innovazione (21).

3.° E, almeno in parte, allorchè l' innovazione è stata fatta da un comproprietario del convenuto, o l'attore non è che uno di più comproprietari del fondo danneggiato, giacchè allora la restituzione dello stato primiero può certamente richiedersi per intero, ma il ristoro del danno non può domandarsi che per una parte proporzionata (22).

4.° Per contrario se l' innovazione sia provenuta da un precedente

(11) L. 3. § 2. 4. L. 4. L. 5. L. 6. pr. D. *eod.*
(12) L. 4. § 1. D. *eod.*
(13) L. 2. § 6. D. *eod.* Confr. con L. 11. § 6. D. *eod.*
(14) L. 1. § 19. D. *eod.* Nondimeno questo passo si deve forse intendere dell' azione negatoria.
(15) L. 23. § 1. D. *eod.*
(16) L. 22. pr. § 2. D. *eod.*
(17) Il superficiario non può intentare quest' azione a cagione della L. 1. § 17. D. *eod.*, ma può bene esser convenuto con essa secondo la L. 1. § 19. D. *eod.*
(18) L. 7. C. *de servit.* (3. 34.)
(19) L. 6. § 6. 7. L. 7. pr. L. 14. § 4. L. 15. L. 22. § 1. D. *de aqua et aqua pluv.* (39. 3.)
(20) L. 4. § 1, L. 6. § 6-8. L. 14. § 2. 3. L. 16. D. *eod.*
(21) L. 6. § 7. D. *eod.*
(22) L. 6. § 1-3. L. 11. § 1-5. D. *eod.*

possessore, o da un altro terzo, o senza l'opera dell'uomo, l'attore non può domandar altro se non che gli sia permesso di ristabilire a sue proprie spese lo stato primitivo delle cose (23). Se pel danno arrecato sieno fondate anche delle altre azioni contro l'autore, queste per l'esercizio dell' *actio aquae pluviae* non si perdono se non in quanto con quest'ultima siesi già conseguito il risarcimento del danno (24). Siccome per l' *actio aquae pluviae arcendae* non è stabilito alcun termine speciale di prescrizione, così essa non si estingue che in 30 anni.

II. *CAUTIO DAMNI INFECTI* (*).

§ 212. Era anche un'applicazione dell'antica *legis actio per pignoris capionem* quando alcuno per garentia contro un danno temuto ma non ancora verificato *damnum infectum* toglieva delle cose all' autore del pericolo (1), probabilmente per ritenerle finchè il pericolo fosse rimosso, o si prestasse cauzione in altro modo, o il danno, se avveniva, fosse riparato. Ma quando si potesse ricorrere a siffatto mezzo di sicurezza in generale non è abbastanza noto, solo sappiamo che le XII. Tavole allora lo permettevano quando alcuno stabiliva un acquidotto sopra una pubblica piazza, o intraprendeva altre innovazioni sul corso delle acque, che minacciavano un danno a qualche privato fondo limitrofo (2). Quando le *legis actiones* furono abolite continuò nondimeno ad ammettersi la *pignoris capio* per lo scopo anzidetto, ma ciò non ostante essa andò in disuso per la ragione che l' editto pretorio forse verso il finire della repubblica introdusse un mezzo più comodo di garentirsi contro i danni imminenti (3), il qual mezzo consisteva in ciò che si potea chieder cauzione pel risarcimento del danno temuto cau-

(23) L. 2. § 6. L. 4. § 2. 3. L. 5. L. 6. § 7. L. 7. § 1. L. 12. D. *eod.*
(24) L. 4. § 2. 3. L. 13. L. 14. pr. § 3. D. *eod.*
(*) C. A. *Hesse* La *caut. damni infecti* secondo i principii Romani Lipsia 1841. 8.
(1) *Caj.* IV. 31.; L. 23. D. *de pecul.* (15. 1.)
(2) L. 5. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.) L. 3. § 3. D. *de aqua et aqua pluv.* (39. 3.). Non si può sconoscere nella L. 5 D. *cit.* che Paolo ha modificate e volte nel linguaggio del suo tempo le disposizioni delle XII. Tavole. Le XII. Tavole qui possono aver parlato solo della *pignoris capio*, imperocchè la *cautio damni infecti* è di origine molto posteriore.
(3) Caj. l. c. La menzione più antica che si sappia della *cautio damni infecti* si trova per la prima volta nella Lex de Gallia Cisalpina Cap. 20. intorno all' anno di Roma 712. e l' autore più antico citato in questa materia è Servio Sulpizio nella L. 24. § 4. 5. D. *de damno inf.* (39. 2.)

tio damni infecti (4). Il dritto, che s'incontra esclusivamente pe' fondi, di richiedere tal cauzione appartiene non solo al proprietario del fondo minacciato, ma anche a coloro che hanno sul medesimo de' *jura in re*, o che legittimamente vi abitano, a ciascuno secondo il proprio interesse (5), e s' intende di per se che qui il possessore di buona fede si dee anche riguardar come proprietario (6). Ma l'obbligazione di prestar cauzione per le opere e per gli edifizi cadenti ha luogo in due casi: 1) Se sono eseguite delle opere sopra un fondo o in vicinanza del medesimo, ed in generale se sono intrapresi de' lavori che fanno nascere un fondato timore che per questi possa venire un danno ingiusto alle sopradette persone sia per le opere stesse, sia pel lavoro e durante il lavoro, quegli che intraprende o fa intraprendere il lavoro è tenuto sulla richiesta della parte a dar cauzione per tutt' i danni (7). Non si è dispensato da ciò per la circostanza che l'opera sia in se medesima legittima, almeno in quanto l' esecuzione della medesima faccia fondatamente temere un danno (8). Lo stesso proprietario per cagione di siffatti lavori intrapresi sul suo proprio fondo può esser tenuto a prestar cauzione ai possessori di dritti reali, ma non già anche ai semplici inquilini (9). 2) Pei danni cagionati per mezzo di cose inanimate il proprietario non è immediatamente responsabile, ma il danneggiato può soltanto ritenere le cose (10); ma se un edifizio pel suo stato cadente divien pericoloso pel fondo vicino e pei suoi abitanti, può parimenti richiedersi la cauzione per obbligar così indirettamente a riparar l' edifi-

(4) L. 7. D. *de damno infecto* (39. 2.)

(5) L. 5. § 2. L. 11. L. 13. § 3. 5. 8. L. 20. L. 21. L. 33. D. *eod.* L. un. § 4. D. *de ripa mun.* (43. 15.)

(6) L. 18. pr. D. *de damno inf.* (39. 2.). « Damni infecti stipulatio competit non tantum ei *cujus in bonis res est*, sed etiam cujus periculo res est » Confr. sopra § 175. Nota 1. e L. 13. pr. D. *eod.* I testi che apparentemente si contradicono L. 11. L. 13. § 9. D. *eod.* non parlano che del caso che alcuno abbia acquistato *justo titulo*, ma da un non proprietario, nel qual caso per conseguenza manca la presunzione del dritto.

(7) L. 7. pr, L. 9. § 1. L. 15. § 2-10. L. 19. § 1. L. 24. pr. § 12. L. 30. D. *eod.* L. 3. § 3. L. 11. § 3. D. *de aqua et aquae pluv.* (39. 3.) L. 5. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.) L. un. D. *de ripa mun.* (43. 15.) L. 3. § 11. D. *de itin. actuque priv.* (43. 19.) L. 1. § 38. D. *de aqua quotid.* (43. 20.) L. 3. § 9. D. *de rivis* (43. 21.) L. 5. § 4. L. 9. § 1. L. 15. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(8) L. 30. pr. D. *de damno inf.* (39. 2.)

(9) L. 20. L. 13. § 6. D. *de damno inf.* (39. 2.) Confr. con L. 18. § 2. 4. D. *eod.*

(10) L. 5. § 4. 5. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 6. L. 7. § 1. 2. L. 9. § 1-3. D. *de damno inf.* (39. 2.) L. 8. D. *de ruina* (47. 9.)

zie e ad allontanare il pericolo (11); e quindi l'obbligazione di prestar cauzione si estende a più persone. In primo luogo per vero essa è imposta al proprietario; e se son più comproprietari, a ciascuno *pro rata* (12), anche per gli edifizii superficiarii (13); ma se il proprietario ricusa di dar cauzione, allora tutti coloro che hanno dritti sull'edifizio sono nella necessità di prestar la cauzione sulla richiesta della parte, se pure non vogliano correre il rischio di perdere i loro dritti (14). La sicurtà da prestare non è sempre eguale. Il proprietario ed il possessore di buona fede del fondo da cui si minaccia il danno, debbono per se e pei loro eredi promettere la riparazione del danno mediante una semplice cauzione verbale (15); altri al contrario debbono dar de' garanti *satisdare* (16). Nondimeno la cauzione non può in niun caso richiedersi per sempre. Secondo l'editto nelle opere eseguite sopra fondi pubblici deesi la cauzione prestare per 10 anni (17), in altri casi la durata dipende dall'estimazione del giudice (18). Nondimeno se il pericolo non è ancora cessato, dovrà di nuovo darsi cauzione (19). Il procedimento, allorchè le parti non possono bonariamente mettersi di accordo sulla cauzione, appartiene alla *extraordinaria cognitio*. Cioè la domanda della cauzione *actio de damno infecto* debb'esser portata innanzi al giudice (20), il quale dopochè il richiedente ha prestato il giuramento della calunnia, che egli cioè non agisce per cavillo (21), deve istituire una *causae cognitio* sopra di ciò che ha dato occasione alla domanda della cauzione, e quando la trova fondata deve imporre all'obbligato che presti entro un determinato termine la necessaria sicurtà (22). Se si obbedisce a questo decreto, l'affare è terminato, ma al contrario se al medesimo, quantunque senza colpa dell'obbli-

(11) L. 13. § 2. 10. L. 19. § 1. L. 23. L. 24. § 2. 4. 10. 11. 12. D. *de damno inf.* (39. 2.)

(12) L. 10. L. 27. D. *eod.*

(13) L. 9. § 4. D. *eod.*

(14) L. 9. § 4. 5. L. 10. L. 12. L. 13. § 1. L. 18. § 2-4. D. *eod.*

(15) L. 9. § 4. L. 13. pr. L. 22. § 1. L. 24. § 1. L. 31. § 1. D. *eod.*

(16) L. 9. § 4. L. 10. L. 11. L. 13. § 1. L. 15. § 24. 25. L. 30. § 1. D. *eod.* L. 1. § 7. D. *de stip. praet.* (46. 5.). Inesattamente Paolo S. R. V. 10. § 1. richiede in generale i fidejussori.

(17) L. 7. pr. L. 15. § 2. 4. D. *de damno inf.* (39. 2.)

(18) L. 13. § 15. L. 15. § 1. D. *eod.*

(19) L. 4. pr. L. 15. pr. D. *eod.*

(20) L. 1. 4. D. *eod.*

(21) L. 7. pr. L. 13. § 12. 13. 14. D. *eod.*

(22) L. 4. § 1. 4. 5. 6. L. 13. § 8. L. 14. L. 15. § 7. D. *eod.* L. 1 § 9. D. *de stip. praet.* (46. 5.)

danno, l'attore ottiene il dritto di immettersi nel possesso dell'edifizio o dell'opera che gli minaccia un danno (23), e quando non s'induca a far prestare la cauzione, dopo un certo tempo (24) di farsi attribuire per la *missio ex secundo decreto* il dritto dell'obbligato, e per conseguenza, la proprietà, se questi ne fosse il proprietario (25). Ma nella domanda della cauzione a cagione di un edifizio che minaccia per cadere può qui anche incontrarsi una distinzione: imperocchè se solo il proprietario è stato richiesto per la cauzione, gli altri conservano i loro dritti sulla cosa, mentre li perdono anch'essi, se ciascuno ha ricusato la cauzione (26). Intanto prima di Giustiniano chi era messo in possesso non conseguiva la piena proprietà che mediante la *longi temporis possessio*, imperocchè la *missio ex secundo decreto*, come modo di acquisto pretorio, non poteva altro produrre che la *Publiciana* (27); ora non v'è più mestieri di questa prescrizione che contro il vero proprietario, allorchè il possessore convenuto come tale non è il proprietario (28). Del resto contro la regola che l'immissione in possesso è di competenza esclusiva de' magistrati superiori (29), il giudizio sulla cauzione si è anche attribuito a' magistrati municipali (30), ad eccezione della *missio ex secundo decreto*, che si deve richiedere innanzi a' magistrati superiori (31). Da ultimo per ciò che riguarda l'effetto della cauzione prestata, esso consiste in un'obbligazione civile di risarcire i danni che avvengono, in quanto essi derivino realmente da' difetti dell'opera o dallo stato cadente dell'edifizio, *vitio operis vel aedificii*, e non già da altre cagioni accidentali, o da opere legalmente conformi al dritto; ed a tal fine si procede con l'*actio ex stipulatu* (32). La stessa obbligazione ha luogo allorchè l'immesso è stato impedito dall'avversario dal prender possesso, con la sola dif-

(23) L. 4. § 1-4. L. 5. § 1. L. 9. § 4. L. 10. L. 15. § 11-15. 22. 29-32. 34. 35. L. 17. L. 40. § 4. D. *de damno inf.* (39. 2.)
(24) L. 15. § 20. 21. D. *eod.*
(25) L. 4. § 4. L. 15. § 16-19. 23. 26. 27. 33. D. *eod.*
(26) L. 4. § 4. 5. L. 15. § 24. 25. L. 19. D. *eod.*
(27) L. 5. L. 12. L. 15. § 26. 27. L. 44. § 1. D. *eod.*
(28) Probabilmente avendo riguardo a ciò i compilatori han conservato nelle Pandette i passi di questa prescrizione.
(29) L. 4. D. *de jurisdict.* (2. 1.)
(30) L. 1. L. 4. pr. § 3. 4. 9. D. *de damno inf.* (39. 2.)
(31) L. 4. § 3. 4. D. *eod.*
(32) L. 7. § 1. L. 18. § 5-11. 16. L. 24. § 2-12. L. 26. L. 28. L. 29. L. 39. § 1. L. 40. § 2. L. 43. pr. D. *eod.* L. 4. § 2. D. de V. O. (45. 1.) L. 2. § 2. D. de fidejuss. (46. 5.)

ferenza che qui l' azione è un' *actio in factum* (33). Ma è sommamente singolare che la cauzione debbasi anche considerar come prestata, allorchè il danno avviene mentre si fanno le trattative intorno ad essa (34), anzi anche allorchè al tempo che il danno è avvenuto non erasi ancor fatta la domanda della cauzione, non già per negligenza ma per qualche giusto impedimento (35). Se il giudice regolarmente adito per la cauzione non presta convenevolmente il suo ajuto, si dà contro di lui e suoi eredi un'azione pel ristoro del danno (36).

III. *OPERIS NOVI NUNTIATIO* (*).

§ 213. Un secondo rimedio legale contro le opere dannose introdotto nell'editto del Pretore è la *operis novi nuntiatio* (1), la quale tende del pari ad allontanare un danno futuro (2), ed è diretta non solo ad assicurare la rifazione del danno, ma eziandio ad impedire l'opera dannosa, fino a che non si decida sul dritto della medesima, o almeno fino a che non si presti una cauzione *damni infecti* (3). Essa riguarda solamente le fabbriche e la demolizione delle medesime (4); ma ha luogo pei fondi così pubblici come privati, compresi i fondi *vectigales*, ed anche per le opere fatte in mare e sulle rive del mare (5), e non indica nulla più che un *divieto di continuare l'opera*. A tal fine non si richiede immediatamente la cooperazione del magistrato (6), e non è da osservare alcuna formalità (7); solamente si dee fare il divieto nel luogo medesimo dove l'opera si fa (8), ed a colui che la fa intraprendere, o alla

(33) L. 15. § 36. L. 16. L. 17. L. 18. § 13-15. D. *de damno inf.* (39. 2.)
(34) L. 15. § 28. L. 44. pr. D. *eod.*
(35) L. 7. § 2. L. 8. L. 9. pr. D. *eod.*
(36) L. 4. § 7-10. D. *eod.*

(*) *C. F. Reinhardt* Spiegazione del titolo delle Pandette *de operis novi nunt.* Stutgart 1820. 8.; D. *Engelhardt* Diss. de op. nov. nunt. Lipsia 1821. 8.; *Hasse* nel Museo Renano vol. III. p. 579. seg.: *Wiederhold* L' interd. *uti possid.* e la *op. novi nunt.* Hanau 1831. 8.

(1) L. 1. pr. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.); *Hasse* l. c. p. 627. seg. ritiene la *operis novi nuntiatio* come un istituto dell' antico dritto civile ricevuto nell' Editto, ma non ne allega soddisfacenti ragioni.
(2) L. 1. § 1. 19. D. *eod.*
(3) L. 1. § 16-18. D. *eod.*
(4) L. 1. § 11-14. L. 5. § 11-13. D. *eod.*
(5) L. 1. § 17. 18. L. 3. pr. D. *eod.*
(6) L. 1. § 2. D. *eod.*
(7) L. 1. § 3. 4. 5. 8. L. 10. D. *eod.*
(8) L. 5. § 2. 4. 16. D. *eod.*

), e se la nunciazione si fa solo per una parte dell' ope-
eve esattamente indicare (10). In quanto al dritto di far
, il fondamento del quale non occorre invero che subito
eve però sulla richiesta essere indicato immediatamente
eto possa meritar riguardo, si dee far distinzione :
r vietare nel proprio nome, il nunziante deve aver la
jus in re sul fondo nel quale l'opera si è intrapresa, o
vicino (11), e l'opera deve o contenere una violazione
o oltrepassare le legali limitazioni di edificare stabilite a
i, o almeno minacciare un pericolo che gli dia il dritto
mni infecti (12). Naturalmente anche qui l'appartenere al
ne assomigliato alla proprietà (13). Per contrario chi è
o inquilino ovvero per altro rapporto di obbligazione ha
l fondo non può nunciare l'*opus novum* (14), e per le ser-
la restrizione che solo le servitù urbane ma non già an-
danno dritto alla nunciazione (15), e le servitù persona-
diritto semplicemente quando non lo stesso proprietario
ente, ma un terzo intraprende l'opera (16). È ancora una
iale che un comproprietario non possa nunziare all'altro
per cagione di opere intraprese sul fondo comune (17).
oltà di far la nunciazione per colui al quale ne appartie-
nell'interesse dello Stato o di un Comune, allorchè que-
a opera son pregiudicati, ogni cittadino dello Stato o
he senza mandato (18), 2) ma nell' interesse di un altro
ore o un procuratore, e quest'ultimo deve anche prestar
rato (19). Or se si è espresso il divieto regolarmente e
ne legale, quando anche quella cagione non sia vera, e

3. L. 11. L. 18. § 1. D. *eod.* L. 45. § 2. D. *de procurator.* (3. 3.)
5. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.)
3-5. D. *de remiss.* (43. 25.) L. 1. § 17. 18. L. 3. § 3. L. 5. §
9. D. *de op. nov. nunt.* (31. 1.) L. 3. D. *de mort. infer.* (11, 8.)
-19. L. 5. § 8. 9. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.)
. § 3. D. *eod.* L. 49. D. de V. S. (50. 16.) L. 136. D. de R. J.

D. *de op. nov. nunt.* (39 1.)
de S. P. U. (8. 2.) L. 6. § 7. D. *si serv. vind.* (8. 5.) L. 5. pr. L
. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.) Confr. con L. 14. D. *eod.*
. L. 2. D. *eod.* L. un. § 4. D. *de remiss.* (43. 25.)
2. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.)
. L. 4. D. *eod.*
. L. 5. § 18. 20. L. 6. L. 7. L. 13. L. 17. D. *eod.*

per conseguenza o che l'opera sia legittimamente intrapresa o no (20), devesi senza indugio sospendere il lavoro (21), in caso contrario può proporsi un *interdictum demolitorium* per far rimettere le cose nello stato primiero (22), nel quale interdetto si dee provar solo la continuazione e non già l'illegittimità dell'opera (23), e questo effetto del divieto colpisce l'opera stessa, cosicchè continua anche per gli ulteriori possessori (24). L' interdetto, che è perpetuo, compete al nunciante ed a' suoi successori (25), ma non già anche a coloro che veramente avrebbero del pari avuto dritto alla nunciazione, ma han tralasciato di valersene (26). Dall'altro lato l' interdetto si dà sempre soltanto contro colui che ha trasgredito il divieto (27), e gli eredi di lui (28). Per regola il convenuto deve a sue spese rimetter le cose nello stato primiero (29). Nondimeno se egli non ha avuto notizia del divieto, l'attore può semplicemente pretendere che gli sia permesso di poter rimettere le cose a sue proprie spese (30), e se il convenuto non viene in giudizio che nella sola qualità di erede dell'autore dell'opera, in ogni caso egli non è tenuto alle spese che in quanto se ne sia arricchito (31). Ma allorchè il divieto è debitamente osservato l'effetto è che il nunciato per rispetto all'opera è tenuto come possessore (32), nel che si comprendono due cose: 1) che il nunciante deve far da attore e dimostrare l' ingiustizia dell'opera (33), nel che deve anche da prima prestare il giuramento della calunnia (34), e 2) che il medesimo, anche quando altrimenti l'avrebbe potuto, non può far uso nè della propria difesa nè dell' *interdictum uti possidetis* per far toglier via l'opera (35). Secon-

(20) L. 1. pr. L. 20. § 1. 3. D. *eod.*
(21) L. 1. § 7. L. 5. § 4. L. 8. § 4. L. 20. § 1. D. *eod.*
(22) L. 20. pr. § 1-8. D. *eod.*
(23) L. 20. § 3. D. *eod.* Confr. con L. 8. § 1. 5. D. eod.
(24) L. 10. L. 20. § 7. 8. L. 22. L. 23. D. *eod.*
(25) L. 20. § 6. D. *eod.*
(26) L. 5. § 6. D. *eod.*
(27) L. 20. § 8. L. 22. D. *eod.*
(28) L. 5. § 5. L. 18. pr. L. 20. § 7. D. *eod.* L. 6. § 8. D. *comm. div.* (10. 3.)
(29) L. 20. § 1. L. 21. § 1. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.)
(30) L. 23. D. *eod.* Confr. con L. 3. § 3. D. *de alien. jud. mut. causa* (4. 7.) V. *Hasse* l. c. p. 602. seg.
(31) L. 20. § 8. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.) Confr. con L. 22. D. *eod.*
(32) L. 1. § 6. L. 5. § 10. D. *eod.*
(33) L. 1. § 9. D. *eod.* Confr. con Basilic. LVIII. 10. lex 1. § 6.
(34) L. 5. § 14. D. *eod.*
(35) L. 5. § 10. D. *eod.* All' *interdictum uti possidetis* naturalmente si debbono

do il dritto antico si estingueva la nunciazione senza potersi rinnovare, allorchè la lite non era terminata fra il termine di un anno. Ma Giustiniano dispose che la causa si dovesse spedire fra tre mesi ove fosse possibile, ma se ciò senza colpa del nunciante non avesse potuto effettuarsi, la nunciazione dovesse continuare ad avere il suo effetto senza alcuna limitazione di tempo (36). Se il nunciante ha fatto da attore ed ha guadagnato, il risultato si deduce da se stesso dal fondamento e dallo scopo della nunciazione, secondochè questa si è fatta per l'illegittimità dell' opera in se stessa, o solo per ottenere una *cautio damni infecti* (37). Se al contrario vince il nunciato, si toglie via il divieto, ed allora egli ha l' interdetto proibitorio *de remissionibus* per proibire le turbative, e pel ristoro del danno, se venga ulteriormente impedito (38), il quale interdetto non altramente che il menzionato *interdictum demolitorium* non si prescrive che in 30 anni, e passa agli eredi (39). Intanto il nunciato non è tenuto di aspettare l'azione del nunciante, ma, presupposto che egli non abbia trasgredito il divieto (40), può egli stesso adire il magistrato sia per far valere il suo dritto di intraprender l'opera, sia per dimostrare che il nunciante non abbia alcun dritto d' impedirlo, o che per l' indugio soprasti un imminente pericolo, la qual cosa anche giustifica la rivocazione del divieto, purchè si faccia senza pregiudizio del dritto del nunciante (41), e la rivocazione ottenuta in seguito delle sue allegazioni serve egualmente di base all'*interdictum de remissionibus* (42). Inoltre senza remissione giudiziaria interviene lo stesso 1) allorchè A. il nunciante muore, o B. aliena il dritto, per cagione del quale ha fatto la nunciazione (43), o C. rimette il divieto, il che egli solo nella nunciazione nell' interesse del pubblico non può fare (44), o D. non intenta la lite a tempo debito, cioè secon-

qui assomigliare anche gli altri interdetti stabiliti a proteggere il possesso, come l'*interdictum de superficiebus*, *de loco publico fruendo* etc.

(36) L. un. C. *eod.* (8. 11.)

(37) Nel primo caso le prestazioni qui dipendono dal vedere se il nunciante ha agito con la *rei vindicatio*, o con *l' actio negatoria*, o con l' *actio confessoria*.

(38) L. un. D. *de remiss.* (43. 25.) Confr. con L. 20. § 9-16. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.)

(39) L. 20. § 16. D. *eod.*

(40) L. 1. § 7. D. *eod.*

(41) L. 5. § 11. 12. 13. 18. 19. L. 15. L. 19. D. *eod.* L. 3. § 8. D. *de rivis* (43. 21.) L. 1. § 13. D. *de cloacis* (43. 23.)

(42) L. 1. pr. § 2. D. *de remiss.* (43. 25.)

(43) L. 8. § 6. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.)

(44) L. 7. § 14. D. *de pactis* (2. 14.)

do il dritto antico nel termine di un anno, e secondo il n
mesi (45), e 2) almeno provvisoriamente fino alla decision
mento della nunciazione, allorchè A. il nunciante consente a
zione dell'opera durante il giudizio (46), o B. il nunciato p
sufficiente cauzione di rimetter tutto nello stato primiero a
se nel caso di soccumbenza (47). In generale la cauzione n
sufficiente se non quando si presentano de'fidejussori (48), n
ciazione *in publica causa* basta anche una semplice caut
le (49). Nondimeno secondo la prescrizione di Giustiniano al
si può permettere la continuazione dell'opera mediante cau
do il giudizio non ha potuto terminarsi in tre mesi (50). N
fondere con la vera *operis novi nunciatio* 1) il divieto simbo
te il getto di una pietra *jactus lapilli*, il quale si ritiene c
posizione di fatto contro l'opera, e per conseguenza non è a
ne' casi in cui alcuno può esercitare la propria difesa del
ciò non rende l'avversario possessore dell'opera (51), 2)
per praetorem allorchè alcuno ottiene contro l'opera un gi
bitorium, pel quale parimenti non si riconosce l'avversari
sessore (52). In questa guisa può ciascuno preservarsi da
opere anche da parte di un comproprietario (53); ma qu
che i moderni chiamano *nuntiatio publica* presuppone la
fondo sul quale l'opera viene intrapresa (54). È anche div
caso in cui il magistrato impone ad alcuno di nunciare l'*op*
qual cosa nel corso di un giudizio sopra un fondo può c
una delle parti, allorchè in quel mezzo un terzo intraprende

(45) L. un. C. *de op. nov. nunt.* (8. 11.)

(46) L. 1. § 10. D. *eod.*

(47) L. 8. § 2-4. L. 5. § 17. L. 12. L. 13. § 1. L. 20. § 5. 9-1
1. 2. 5. 7. D. *eod.* L. un. § 2. D. *de remiss.* (43. 25.) L. 4. § 2. D.
1.) L. 2. § 1. D. *de stip. praet.* (46. 5.)

(48) L. 8. § 2. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.)

(49) L. 8. § 3. D. *eod.* L. 1. § 6. D. *de stip. praet* (46. 5.)

(50) L. un. C. *de op. nov. nunt.* (8. 11.)

(51) L. 5. § 10. D. *eod.* L. 1. § 6. L. 20. § 1. D. *quod vi aut*
L. 6. § 1. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(52) L. 5. § 10. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.)

(53) L. 3. § 1. 2. D. *eod.*

(54) L. 5. § 10. D. *eod.*

(55) L. 16. D. *eod.* Confr. L. 14. D. *de rei jud.* (42. 1.)

IV. *INTERDICTUM QUOD VI AUT CLAM.*

§ 214. Più recente al certo della *operis novi nuntiatio* (1), ma di molto più ampia applicazione è l'*interdictum quod vi aut clam*, il quale eziandio non tende semplicemente ad impedire un'opera, ma sibbene a ristabilire lo stato primitivo. Esso ha luogo per tutte le opere ed atti eseguiti sopra un fondo, i quali lasciano delle tracce e degli effetti permanenti o almeno da dover lungamente durare (2), e compete ad ognuno che abbia interesse che il cangiamento non sia seguito (3). Il principio che serve di fondamento all'interdetto è che niuno debba mutare lo stato attuale di un fondo usando violenza contro l'opposizione fattagli, ovvero operando occultamente per evitar l'opposizione (4). E però a nulla monta se l'opera in se stessa sia legittima o no (5), per contrario sono quì essenziali la violenta esecuzione contro il querelante o i suoi rappresentanti, ovvero l'averla loro a bello studio tenuta occulta, i quali requisiti non si debbono però intender molto rigorosamente; imperocchè 1) l'opera si ritiene come *vi facta* anche senza la repressione di una effettiva resistenza, allorchè il querelante ha di fatto mostrata la sua opposizione col *jactus lapilli* (6), anzi anche allorchè non si è tenuto riguardo della *operis novi nuntiatio*, nel qual caso quest'interdetto concorre con l' *interdictum demolitorium* (7), e 2) si ritiene come *clam facta* allorchè a bella posta non se n'è dato avviso a colui dal quale fondatamente si doveva aspettare un'opposizione (8). Il dritto di agire una volta fondato passa sempre agli eredi (9), ed anche ai

(1) Veramente Mucio che è citato nella L. 5. § 8. D. *quod vi aut clam.* (43. 24.) non è altro che l' antico Pontefice Massimo Q. Mucio Scevola, ma secondo la L. 7. § 2. D. *eod.* l' *interdictum quod vi aut clam* nella trasgressione della *operis novi nuntiatio* concorre con l' *interdictum demolitorium*, e quindi non vi sarebbe stata ragione alcuna d' introdurre questo speciale interdetto, se allora quell'interdetto fosse esistito.

(2) L. 1. § 4. L. 7. § 5-10. L. 8. L. 9. L. 10. L. 11. pr. § 1-3. L. 18. pr. L. 22. pr. § 1. D. *quod vi aut clam.* (43. 24.). Le mutazioni per rispetto ai bastimenti e ad altre cose mobili non appartengono qui L. 20. § 4. D. *eod.* Ma è tutt'uno se l' opera sia stata fatta in *loco privato* o *publico* L. 20. § 5. D. *eod.*

(3) L. 11. § 14. L. 12. L. 13. § 3. 4. L. 16. pr. § 1 L. 19. D. *eod.*

(4) L. 1. pr. § 1-4. L. 11. § 3-5. D. *eod.*

(5) L. 1. § 2. 3. D. *eod.*

(6) L. 1. § 6. L. 20. § 1. D. *eod.* L. 6. § 1. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(7) L. 1. § 5. 7. 9. L. 7. § 2. D. *quod vi aut clam.* (43. 24.) L. 5. § 10. D. *de op. nov. nunt.* (39. 1.) L. 73. § 2. D. de R. J. (50. 17.)

(8) L. 3. § 7. 8. L. 4. L. 5. pr. § 1-7. L. 18. § 1. L. 22. § 5. D. *quod vi aut clam.* (43. 24.) L. 73. § 2. D. de R. J. (50. 17.)

(9) L. 13. § 5. D. *quod vi aut clam.* (43. 25.)

successori singolari, purchè questi vi abbiano interesse (10).
nuto è in primo luogo colui che ha eseguita o fatto eseguire l'op
ed i suoi eredi (12). Quegli deve assolutamente ristabilire p
è possibile lo stato primitivo (13), e risarcire all' attore i da
ressi che questi affermerà con giuramento (14). L' erede è te
medesime obbligazioni, almeno in quanto se ne sia arricch
ed in ogni caso egli è tenuto come un possessore senza colp
dire che si può agire anche contro il possessore dell' opera,
questa non sia proceduta da lui, ma allora semplicemente
fine, che il convenuto debba tolerare che le cose sieno rime
stato primiero a spese dell' attore (16). L' interdetto si pr
un anno da computarsi dal momento che il lavoro è finito (1
cezioni che si possono allegare in contrario sono: che vi sia
ricolo nell' indugio (18), o che si sia solo esercitata una dif
un illegittimo attentato, (19), o che si sia operato col con
l' attore (20), o che dal fatto non sia stato prodotto alcun
fettivo (21). L'eccezione della legittimità dell'opera in verità
va (22), ma nondimeno l' interdetto non fa perdere pel co
dritto in se stesso, imperocchè solo a cagione del modo vizio
cedere provvisoriamente si debbon ristabilire le cose (23).

V. *Interdetti per la protezione de' fondi pubblici.*

§ 215. Ai sopradetti mezzi legali si debbono anche aggiu

(10) L. 10. § 8-13. D. *eod.*
(11) L. 5. § 8-14. L. 6. L. 13. §. 6. L. 15. § 1. 2. D. *eod.*
(12) L. 15. § 3. D. *eod.*
(13) L. 1. pr. § 1. L. 7. § 1. L. 11. § 4. L. 13. § 7. L. 16. § 2. L.
D. *eod.*
(14) L. 13. § 7. L. 15. § 7-12. D. *eod.* L. 38. § 11. D. *de usur.* (2
§ 2. L. 12. L. 13. D. *de aqua et aqua pluv.* (39. 3.)
(15) L. 15. § 3. D. *quod vi aut clam.* (43. 24.)
(16) L. 7. pr. L. 11. § 6. L. 13. § 7. L. 14. L. 15. pr. § 1. L. 16. §
(17) L. 15. § 3-6. L. 22. pr. D. *eod.*
(18) L. 7. § 4. D. *eod.* L. 3. § 7. D. *de incend.* (47. 9.)
(19) L. 7. § 3. L. 22. § 2. D. *quod vi aut clam.* (43. 24.) L. 29. § 1.
Aquil. (9. 2.)
(20) L. 3. § 2-4. D. *quod vi aut clam.* (43. 24.)
(21) L. 7. § 6. 7. L. 18. pr. D. *eod.*
(22) L. 1. § 3. D. *eod.*
(23) L. 1. § 1. D. *eod.*

fondi che non sono in proprietà privata parecchi interdetti popolari, della cui data non si può dir altro più di preciso se non che appartenevano di già alla repubblica Romana (1). Essi sono parte restitutorii e parte semplicemente proibitorii (2).

1. Uno di essi riguarda le *res divini juris* ed è l' *interdictum ne quid in loco sacro fiat* pel ristabilimento dello stato primiero (3), il quale secondo l' editto si dava soltanto contro colui che *in loco sacro* avesse fatto alcuna cosa che recasse danno o deformità (4), ma fu esteso eziandio ad atti simiglianti fatti *in loco sancto* (5).

2.° I rimanenti si riferiscono alle *res publicae*. 1) Contro colui che senza uno special permesso imprende a far sopra una pubblica piazza qualche cosa che oltrepassa l' uso che al pubblico ne vien conceduto ha luogo l' interdetto *ne quid in loco publico fiat* (6), il quale però per le fabbriche, a cagione di uno spezial favore per gli edifizi, compete solo a coloro che ne patiscono danno (7), ed è semplicemente proibitorio (8), se non che l' attore deve nel tempo stesso esser risarcito del danno (9). Pei fondi dello stato che non sono aperti al pubblico quest' interdetto non è ammesso (10); per contrario esso è dato *utiliter* anche ai danneggiati per le opere fatte in mare o in riva al mare (11). 2) Somiglianti principi valgono anche per le pubbliche strade, tra le quali però non si annoverano le strade vicinali che i Comuni o i particolari possessori di terre abbiano stabilite per loro comodo, come neppure le semplici vie di servitù (12), o le strade nelle città (13). A. Contro chiunque che esercita un godimento o uso non permesso di una pubblica strada, ovvero vi cangia un corso di acque è dato a ciascuno un interdetto proibitorio per impedirlo, e quando l'attore ne abbia patito danno, anche

(1) Imperocchè di già Ofilio avea scritto intorno a ciò, probabilmente nel suo comentario all' Editto L. 2. § 39. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.)

(2) L. 2. § 19. 36. D. *eod.*

(3) L. 2. § 19. D. *eod.*

(4) L. 1. D. *ne quid in loco sacro fiat* (43. 6.)

(5) L. 2. L. 3. D. *eod.*

(6) L. 1. D. *de loc. et itin. publ.* (43. 7.)

(7) L. 1. L. 2. pr. § 1-19. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.)

(8) L. 2. § 1. 17. 19. L. 7. D. *eod.*

(9) L. 2 § 5. 10-16. D. *eod.*

(10) L. 2. § 4. D. *eod.*

(11) L. 2. § 8. L. 3. L. 4. D. *eod.*

(12) L. 3. D. *de loc. et itin. publ.* (43. 7.) L. 2. § 21. 22. C. *ne quid in loco publ.* (43. 8.)

(13) L. 2. § 24. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.)

per risarcirlo (14). B. Ma in quanto la strada sia per l'opera effettivamente divenuta peggiore, o contro l'autore medesimo, ovvero se un altro trovasi nel possesso dell'opera, contro costui ha luogo un interdetto restitutorio, affinchè il convenuto ristabilisca a sue spese le cose nello stato primiero (15), l'attore per altro può parimente richiedere la riparazione del suo danno (16). 3) Pei fiumi pubblici noi troviamo quattro interdetti che qui si rapportano. A. Due di essi son diretti contro le disposizioni e le opere che son d'impedimento alla navigazione, uno proibitorio per impedire le opere (17), ed uno restitutorio per lo sgombro, allorchè l'opera in tutto o in parte sia eseguita (18). Amendue possono proporsi *utiliter* anche a cagione di somiglianti opere che impediscono la navigazione in mare (19), o che sottraggono l'acqua ad un fiume non navigabile (20). B. Due altri son relativi a' lavori pei quali il corso di un fiume vien deviato verso un'altra direzione, e del pari uno come interdetto proibitorio si dà solo per impedire il cangiamento non ancora eseguito (21), l'altro come restitutorio tende al ristabilimento dello stato primiero, ed al risarcimento, in quanto il convenuto per dolo abbia voluto precisamente far danno all'attore (22). Ma non si può con un principio generale determinar quali fiumi sieno di proprietà pubblica e quali di proprietà privata, cosicchè il letto appartenga a' proprietarii adjacenti (23). Solo pei fiumi perenni vi è sempre la presunzione per la qualità pubblica (24), senza por mente se sieno navigabili o no (25).

(14) L. 2. § 20-31. D. *eod.* L. 1. L. 2. D. *de loc. et itin. publ.* (43. 7.); Paul. V. 6. § 2.
(15) L. 2. § 35-44. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.)
(16) L. 2. § 44. D. *eod.*
(17) L. 1. pr. § 1-18. D. *de fluminibus* (43. 12.)
(18) L. 1. § 19-22. D. *eod.*
(19) L. 1. § 17. D. *eod.*
(20) L. 1. § 12. 18. D. *eod.*
(21) L. un. pr. § 1-10. C. *ne quid in flum. publ.* (43. 13.)
(22) L. un. § 11-13. D. *eod.*
(23) L. 1. § 1. 2. D. *de flumin.* (43. 12.)
(24) L. 1. § 3. L. 3. pr. D. *eod.*
(25) L. 1. § 12. 18. D. *eod.* L. 1. § 2. D. *ne quid in flum. publ.* (43. 13.)

FINE DEL VOLUME PRIMO.

INDICE

PARTE GENERALE.

Capitolo primo. De' dritti e delle obbligazioni.

Capitolo secondo. Delle persone.

Capitolo terzo. Delle azioni ed omissioni nel rapporto

Capitolo quarto. Del patrimonio.

Capitolo quinto. Dei modi di far valere i propri d

PARTE SPECIALE

LIBRO PRIMO PARTE PRIMA DRITTO DELLA FAMIGL

Capitolo primo. Della parentela.

Capitolo secondo. Del matrimonio.

Capitolo terzo. Della schiavitù.

Capitolo quarto. Del padronato.

Capitolo quinto. Della tutela e della cura.

Parte seconda. — Dritto delle cose.

LIBRO II. — *Dritto del patrimonio*. — *Sezione I. Dritto delle c*

Capitolo primo. Del possesso.

Capitolo secondo. Della proprietà.

Capitolo terzo. Delle cose che appartengono al patrimonio.

Capitolo quarto. Delle servitù.

Capitolo quinto. Del dritto di pegno.

Errori *Correzioni*

Pag. 47. Rigo 9. invece di classisi leggete classici.
P. 185. Nota 17. inv. di quetta L. questa.
P. 224. R. 10. inv. di VI. L. IV.
P. 306. Nota 40 R. 2. inv. di dei L. degli.
P. 325. R. 1. da sotto inv. di limitamente L. limitatament
P. 328. R. 20. inv. di al quale L. ai quali.
P. 368. R. 21. inv. di in pena L. sotto pena.
P. 409. R. 16. inv. di 7) L. 1).
P. 418. R. 17. innanzi la parola Teoria ponete 2)
Ivi R. 18. ponete § 178.
P. 422. R. 19. innanzi la par. Enfiteusi pon. 3)
Ivi R. 20. agg. § 179.
P. 504. R. 11. inv. di preferita L. preferito.

IL SISTEMA E LA STORIA

DEL

DRITTO ROMANO PRIVATO

IL SISTEMA E LA STORIA INTERNA

DEL

DRITTO ROMANO PRIVATO

DI

GIORGIO CRISTIANO BURCHARDI

RECATO DALL' ORIGINALE TEDESCO IN ITALIANO
ED ANNOTATO

DALL' AVVOCATO

PASQUALE DE CONCILIIS

VOLUME II.

IN NAPOLI
DALLA STAMPERIA DEL VAGLIO
1857

PARTE TERZA

SEZIONE SECONDA

DRITTO DI OBBLIGAZIONE (*)

PRIMA SUDDIVISIONE

Principi generali sulle obbligazioni.

CAPITOLO I.

ATURA GIURIDICA DE' RAPPORTI DI OBBLIGAZIONE

I. NOZIONE E CONTENUTO.

ppresso ai dritti reali le obbligazioni formano la parte più el patrimonio. Queste sono le relazioni di dritto che posgo fra due o più persone e che tendono ad un determinae *dare* vel *facere* (1). Ma veramente solo un lato delle ob*credito*, può essere annoverato nel patrimonio, mentre il *debito*, è da riguardarsi propriamente come una dimiatrimonio (2). Per quel determinato *dare* o *fare* non s' incemente un singolo *factum*; anzi può la prestazione comgran numero di atti; ed anche un' omissione può formar ' obbligazione; solo è sempre dell' essenza delle obbligaalmeno relativamente, determinato o dalla legge o dalla ta quel che il debitore debba prestare, e questi non è tepiù di ciò che da esse possa con sicurezza esser dedotuna principale differenza tra le obbligazioni e le relazio-, le quali per gran parte sono abbandonate al sentimento a qual ragione il loro contenuto non si può interamente eri dritti ed obbligazioni. In generale i crediti apparten-

r Il dritto delle obbligazioni. Seconda edizione. Lipsia 1830. 8.: *Un*-izione della dottrina del Dritto Romano sui rapporti di obbligazione 2, 8.
45.
de jure fisci (49.14.) L.39. § 1. L.49. L.83. D. *de V.S.* (50. 16.)

gono ai dritti immediati, come i debiti alle obbligazioni in
nondimeno ci ha delle eccezioni in cui o il credito (4), o
è annesso al possesso o alla proprietà di una cosa. Dalla
obbligazioni di già segue che esse sono delle relazioni di
terali, per cui solo una parte è investita di un dritto, e l'
mente obbligata; ma possono le persone essere anche rec
obbligate, ed allora le scambievoli obbligazioni esercitan
porti un' influenza l' una sull' altra (6), spezialmente allor
giate sopra un fondamento comune, il che può avvenire i
giacchè non solamente 1) possono contrarsi obbligazion
una sia la condizione dell'altra, e che noi comprendiamo so
sione di obbligazione bilaterale, *ultro citroque obligati*
obligatio, grecamente συναλλαγμα (7), ma in più casi
obbligazioni che da principio son semplicemente unilat
in seguito derivar delle obbligazioni del creditore verso
nel qual caso quelle si appellano *obligationes directae* e q
tiones contrariae (8). Per far valere i crediti, in quanto
mente esigibili (9) in alcuni casi si può far uso di interd
azioni ordinarie che ne risultano sono le *actiones in per*
le quali allorchè hanno per base un' *obligatio contraria*
nale *actiones contrariae*, in altro caso *actiones directae*
va connessa la differenza pratica che le *actiones contra*

(3) Confr. sopra § 3.

(4) Così p. es. il dritto al *solarium* nella *superficies* ed al canone ne *annexum* della proprietà sul fondo.

(5) V. § 86. n. II. 1. § 211. n. IV. § 274. e L. 42. D. *de pact* pr. D. *de public.* (39. 4.)

(6) Segnatamente pel fondamento della compensazione, della deduzio tenzione.

(7) L. 7. § 2. D. *de pact.* (2. 14.) L. 34. § 3. D. *de contr. empt.* D. *de V. S.* (50. 16.). L' espressione *obligatio bilateralis* non s' incon

(8) Nel § 1. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) questo caso vi lato come *ultro citroque obligatio*.

(9) V. § 218.

(10) V. § 62.

(11) Non vi ha che sei *actiones contrariae*: *l' actio tutelae contrari* *ctio commodati contraria* § 255., *l' actio depositi contraria* § 256., *ratitia contraria* § 257., *l' actio mandati contraria* § 263., e *l' ac* *gestorum contraria* § 272.; tutte le altre azioni per obbligazioni sono *ac* e quindi dalle obbligazioni bilaterali per regola ne risultano due *action* *ctio utrinque directa est.* Il *contrarium judicium* che s' incontra nel significazione al tutto diversa.

mai infamanti neppur quando l' azione diretta che risulta dall' obbligazione abbia questa qualità, e non possono mai dar fondamento al *juramentum in litem* (12). L'uso della privata autorità in generale non è permesso al creditore (13); ma si può far uso de' dritti anche per via di eccezioni (14), e ciò 1) contro la ripetizione di ciò che si pretende di aver dato indebitamente *indebitum*, allorchè il debitore di già ha adempito, giacchè sta nello scopo dell' obbligazione che il creditore, fatta astrazione da alcune particolari eccezioni (15), abbia la facoltà di conservare la prestazione che una volta ha ricevuta, *soluti retentio* anche quando non gli appartiene alcuna azione per costringere il debitore all'adempimento (16); 2) contro altre pretensioni del debitore sia per far diffalcare definitivamente il credito reciproco per via di compensazione e deduzione (17), sia per sostenere la *exceptio doli* nel fine di ritener provvisoriamente la cosa domandata (18), nel qual rapporto vale il principio che i crediti scambievoli fondati sopra cause fra loro indipenti non danno niun dritto di ritenzione (19), ma sibbene danno il dritto di ritenzione i crediti reciproci che hanno il medesimo fondamento, giacchè nelle obbligazioni bilaterali, e nelle *obligationes directae* e *contrariae* è regola che chi si fa ad intentare un' azione deve dal suo canto aver prestato pienamente ed in modo conveniente, o almeno aver offerto ciò che egli medesimo deve (20); e però quando a ciò si manchi può opporsi all' attore che egli stesso non abbia ancora adempiuto alla sua obbligazione, o che il suo adempimento sia difettoso, le quali due eccezioni quantunque debbano amendue prender la forma di *exceptio doli*, sono non pertanto essenzialmente differenti in quanto al carico della pruova; imperocchè l' allegazione dell' inadempimento totale o parziale, *exceptio non impleti contractus* contiene una semplice negazione di un fatto, che qui si ritiene come una condizione che

(12) L. 1. pr. D. *de his qui not. infam.* (3. 2.) § 2. J. *de poen. tem. lit.* (4. 16.) L. 5. pr. D. *depositi* (16. 3.)

(13) V. § 56.

(14) L. 7. pr. § 1-4. D. *de pactis* (2. 14.)

(15) V. § 218. Nota 32.

(16) L. 10. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 16. § 4. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.)

(17) V. § 242.

(18) V. § 73.

(19) L. 4. C. *commod.* (4. 23.)

(20) Questa regola veramente non si può confermare con l' autorità di qualche testo, ma in generale è applicata quando non siasi convenuto il contrario, e si trovano semplicemente delle singole eccezioni speciali come nella locazione.

si dee verificare per potere intentar l' azione, e quindi im
tore la necessità di farne la pruova, mentre l' assunto ch
mento non sia convenientemente seguito *exceptio non rite*
tractus debbesi pruovar dal convenuto, essendochè i vizi
non si presumono mai (21).

II. DIVISIONI.

1) *In Generale.*

§ 217. Fra le molte diversità delle obbligazioni le più
son quelle che si riferiscono :

1.° All' oggetto delle obbligazioni. Per questo riguard
guono le seguenti specie: 1) le obbligazioni di dare o di fa
et faciendi (1). Alle prime appartengono soltanto le obbligaz
ti ad una alienazione e quindi ad una trasmissione della prop
stabilimento di un *jus in re* (2), nel che nuovamente si pos
guere *o. speciei* s. *corporis, o. generis* ed *o. quantitatis* se
dee dare una cosa individualmente determinata, o una co
nata solo in quanto alla specie, o una quantità di cose fu
alle seconde appartengono tutte le rimanenti, comprese an
gationes non faciendi, quando alcuno è obbligato ad una
omissione, come pure le *obligationes reddendi* allorchè
non ha acquistata la proprietà delle cose da restituirsi (4).
sione che comprende così il dare come il fare è Prestare
nondimeno spesso dicesi specialmente *praestare* anche
un danno o cedere un' azione (5), ed a ciò forse si ha

(21) L. 5. § 1. L. 15. D. *de probat.* (22. 3.) L. 30. D. *de V. O.* (4
C. *de probat.* (4. 19.)

(1) § 2. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) § 14. 15. J. *de act.* (4. 6.)
de V. O. (45. 1.) L. 24. C. *de nupt.* (5. 4.); *Marezol* nel Giornale di
n. 8.; *Savigny* Sistema vol. V. p. 589. seg. 596. seg.

(2) § 4. J. *quib. mod. re* (3. 14.) § 14. J. *de act.* (4. 6.) L. 19. D.
(8. 3.) L. 16. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 75. § 10. D. *de V.*
167. pr. D. *de R. J.* (50. 17.) Caj. IV. 4.

(3) L. 6. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 32. § 3. D. *de cond. indeb.* (
pr. L. 34. § 3-5. L. 108. § 2. L. 110. D. *de legat.* I. (30.) L. 15. D
(34. 2.) L. 54. D. *de V. O.* (45. 1.)

(4) L. 175. L. 189. L. 218. D. *de V. S.* (50. 16.). Nondimeno tal
anche quando non erasi trasferita alcuna proprietà, inesattamente viene a
re, p. es. nella *condictio furtiva.* V. § 285. Nota 23.

(5) *Brissonius* de Verb. sign. p. *Praestare; Donelli* Comm. jur. civ

al *dare et facere* vien contrapposto il *praestare* (6). 2)
determinate ed indeterminate o. *certae et incertae*.
le azioni (7) questa distinzione viene dal vedere se il
quantum della prestazione è subito assolutamente de-
lo relativamente, cosicchè vi sia ancora mestieri di
ricerca (8). A. Una specie subalterna delle *obligationes*
bligationes certi, che han per oggetto una determinata
o (9), e B. una specie particolare delle *obligationes in-*
bbligazioni alternative, in cui dee farsi la scelta fra più
. Per legge qui il dritto di scelta appartiene al debi-
esti per regola fino a che non segue l' adempimento
nche la sua scelta di già dichiarata (12), e però il cre-
e alternativamente per l' una e per l' altra prestazio-
la scelta non solo può lasciarsi al creditore (14), il
mette il suo dritto di scelta anche a' suoi successo-
ntrario non può mutare la scelta una volta fatta, pur-
o non sia pattuito (16), ma può anche rimettersi ad

3. pr. D. *de O. et A.* (44. 7.) *Savigny* l. c. p. 898. seg.
. n. V.
D. *de V. O.* (45. 1.) Confr. L. 83. D. *eod.* *Chr. Thomasius* de
rei incertae (Diss. acad. T. IV. n. 112.)
15.) L. 6. L. 9. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 1. pr. D. *de condict.*
e Gallia Cisalp. c. 21.
de obl. altern. Tubingae 1686. 4.; *Chr. Thomasius* l. c. § 45-61.
fer de caus. altern. Heidelb. 1821. 4. nella L. 44. § 3. D. *de O.*
bbligazione alternativa viene straordinariamente appellata *modus*

. 34. § 6. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 10. § 6. D. *de jure*
L. 10. C. *de cond. indeb.* (4. 5.) *Hert* de elect. ex obl. alt. debi-
t opusc. vol. I. P. 3. p. 233. seg.)
38. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 21. § 6. D. *de act. empti.*
ne ha luogo nei legati L. 84. § 9. D. *de legat.* I. (30.)
ict. (4. 6.) Caj. IV. 53.
). *de contr. empt.* (18. 1.) L. 10. § 6. D. *de jure dot.* (23. 3.)
gat. I. 30.
3. D. *de her. vel. act. vend.* (18. 4.) L. 75. § 3. D. *de legat.* I.
t. vel elect. leg. (33. 5.) L. 76. pr. D. *de V. O.* (45. 1.). Di
etto alla cessione sono *Kurrer* l. c. n. 105., *de Brassier* l. c. §
§ 80. Veggasi per contrario L. 75. § 3. D. cit. e *Muhlenbruch*
seg. È al tutto diversamente quando gli schiavi o i figliuoli han-
ligazione alternativa al padrone o al padre loro, nel qual caso la
si medesimi L. 76. pr. L. 141. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)
eod. L. 19. D. *de legat.* II. (31.)

un terzo, la cui morte o il cui rifiuto, secondo la decision
niano, rende caduca l'obbligazione (17). Nel mezzo tra le o
alternative e le semplici sta il caso quando il creditore non
domandare che una determinata prestazione, ma il debitor
to di prestare qualche altra cosa (18), su di che generalme
no punto applicabili i principi sopra le obbligazioni alterna
Le obbligazioni divisibili ed indivisibili, o. *dividuae et indi*
Le ultime formano la regola, giacchè solo le obbligazioni c
oggetto una determinata quantità di cose fungibili si rite
divisibili (21); ma queste neppure sono divisibili in ogni circo
e segnatamente nelle prestazioni alternative (23); per cont
un'obbligazione indivisibile in se può trasformarsi in divisib
nel luogo della originaria prestazione vien surrogato l'equiv
naro (24), e quelle obbligazioni, il cui oggetto può compor
visione almeno ideale, possono dal creditore, o col suo co
trattate come divisibili (25). 4) Le obbligazioni all'intero o
te, o. *in solidum et pro parte* (26). In molti casi il debitore è
per una parte del debito (27), o un creditore può far vale

(17) L. ult. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 15. C. *de contr. empt.* (4.
de empt. vend. (3. 24.)

(18) L. 1. pr. D. *si quadrupes* (9. 1.) L. 6. § 1. D. *de re jud.* (42
de rescind. vend (4. 44.)

(19) *Du Brussler* l. c. § 1.

(20) *E Baro* de divid. et indiv. obl. Lugd. 1512.; *de Retes* de divid.
(*Meerm.* Thes. T. VII. p. 600. seg.) *J. Rubo* Saggi di una dichiarazione
2. 3. 4. 85. D. *de V. O.* sulla divisibilità ed indivisibilità delle obbliga
1823. 8.; *H. G. A. de Scheurl* Comm. de div. et indiv. obl. Erlang. 1
gesterding dottrina delle Pandette vol. III. p. 7. seg.

(21) L. 2. § 1. 2. L. 4. § 1. 2. L. 72. pr. L. 85. L. 140. § 2. D. *d*
1.) L. 2. § 2. D. *de stip. praet.* (46. 5.) L. 29. D. *de solut.* (46. 3.) L
de duob. reis (45. 2.) L. 15. § 1. D. *de op. lib.* (38. 1.) L. 80. § 1. D
cid. (35. 2.) L. 11. § 23. 24. D. *de legat.* III. (32.) L. 25. § 9-15.
(10. 2.) L. 6. C. *eod.* (3. 36.)

(22) L. 25. § 13. D. *eod.* L. 2. § 6. L. 3. L. 4. pr. § 4. D. *de V.*

(23) L. 2. § 1. L. 85. § 4. D. *eod.* L. 26. § 13. D. *de cond. ind.* (

(24) L. 2. § 2. 5. L. 85. § 5. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 25. § 9.
(10. 2.) L. 4. § 3. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(25) L. 2. § 3. 4. L. 85. § 4. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 29. D. *de*
L. 13. § 1. D. *de acceptil.* (46. 4.)

(26) *Hugo* nel Mag. civ. vol. IV. p. 250. seg.; Il mio articolo nell
prat. civ. vol. XIX. n. 3.

(27) Segnatamente *pro rata parte* (§ 227. e 247.), *in quantum fac*

e (28), e per contrapposto di ciò allorchè si deve pre-
mmontare indiviso di un debito, questa appellasi ob-
lidum (29), s. in totum (30), s. in integrum (31),
ὁλόκληρον (32). 5) Le obligationes quae naturalem
ionem. Il concetto di siffatte obbligazioni per mancan-
a dichiarazione non è, a dir vero, esente da dubbio; ma
i è inteso parlare di quelle obbligazioni, le quali hanno
rane la sussistenza ed in generale il soddisfare agl'im-
della vita (33).
to alla loro origine le obbligazioni sono parte obliga-
lis la cui ragione di esistenza sta nello stesso dritto
obligationes juris gentium che furon prese dal jus
la qual esso per moltiplici riguardi esercita un' impor-
(35), e
te alla loro propria sussistenza le medesime si divido-
ni principali, o. principales, che sussistono per se
gazioni accessorie le quali presuppongono un' altra
a quale si rapportano, e perciò senza l' obbligazione
anno alcun senso (36). A queste si aggiungono parec-
oni dipendenti dalla efficacia e dalla causa generatrice
gi, delle quali quelle richiedono una particolare dichia-

s (§ 280.), quatenus in rem versum est (§ 280.), e quatenus ad
.)
. de V. O. (45. 1.)
§ 1. L. 11. § 1. 2. D. de duob. reis. (45. 2.) § 37. I. de act.
D. pro socio (17. 2.) L. 14. § 2. D. sol. matr. (24. 3.) L. 22
1.) L. 8. C. sol. matr. (5. 18.) § 1. 2. I. quod cum eo (4. 7.) L.
act. (14. 1.) L. 5. § 1. 2. D. de inst. act. (14. 3.) L. 12. D.
.) L. 152. § 3. L. 157. § 2. D. de R. J. (50. 17.) L. un. C. ex
.) L. 55. § 4. D. de adm. tut. (26. 7.) L. 21. § 9. D. de furt.
. D. si is qui test. lib. (47. 4.) L. 1. C. de cond. furt. (4. 8.)
D. de R. J. (50. 17.)
e re jud. (42. 1.)
2.
. de cap. min. (4. 5.). Il mio trattato della restituzione nello stato
.; Savigny Sistema vol. II. § 72.
J. et J. (1. 1.) L. 7. pr. § 1. D. de pact. (2. 14.) L. 4. § 2. D.
. 1.) L. 10. D. de V. S. (50. 16.) L. 84. § 1. D. de R. J. (50.

246.
D. de solut. (46. 3.) L. 26. pr. C. de usur. (4. 32.)

un terzo, la cui morte o il cui rifiuto, secondo la decision
niano, rende caduca l'obbligazione (17). Nel mezzo tra le o
alternative e le semplici sta il caso quando il creditore non
domandare che una determinata prestazione, ma il debitore
to di prestare qualche altra cosa (18), su di che generalme
no punto applicabili i principii sopra le obbligazioni alterna
Le obbligazioni divisibili ed indivisibili, *o. dividuae et indiv*
Le ultime formano la regola, giacchè solo le obbligazioni c
oggetto una determinata quantità di cose fungibili si riten
divisibili (21); ma queste neppure sono divisibili in ogni circo
e segnatamente nelle prestazioni alternative (23); per cont
un'obbligazione indivisibile in se può trasformarsi in divisib
nel luogo della originaria prestazione vien surrogato l'equiva
naro (24), e quelle obbligazioni, il cui oggetto può comport
visione almeno ideale, possono dal creditore, o col suo con
trattate come divisibili (25). 4.) Le obbligazioni all'intero o
te, *o. in solidum et pro parte* (26). In molti casi il debitore è
per una parte del debito (27), o un creditore può far valer

(17) L. ult. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 18. C. *de contr. empt.* (4.
de empt. vend. (3. 24.)

(18) L. 1. pr. D. *si quadrupes* (9. 1.) L. 6. § 1. D. *de re jud.* (42.
de rescind. vend (4. 44.)

(19) *De Brussien* l. c. § 1.

(20) *E Baso* de divid. et indiv. obl. Lugd. 1812.; *de Retes* de divid.
(*Meerm.* Thes T. VII. p. 600. seg.) *J. Rubo* Saggi di una dichiarazione
2. 3. 4. 85. D. *de V. O.* sulla divisibilità ed indivisibilità delle obbliga
1822. 8.; *H. G. A. de Scheurl* Comm. de div. et indiv. obl. Erlang. 18
gemo dottrina delle Pandette vol. III. p. 7. seg.

(21) L. 2. § 1. 2. L. 4. § 1. 2. L. 72. pr. L. 85. L. 140. § 2. D. *d*
1.) L. 2. § 2. D. *de stip. praet.* (46. 5.) L. 29. D. *de solut.* (46. 3.) L
de duob. reis (45. 2.) L. 15. § 1. D. *de op. lib.* (38. 1.) L. 80. § 1. D.
cid. (35. 2.) L. 11. § 23. 24. D. *de legat.* III. (32.) L. 25. § 9-15.
(10. 2.) L. 6. C. *eod.* (3. 36.)

(22) L. 25. § 13. D. *eod.* L. 2. § 6. L. 3. L. 4. pr. § 1. D. *de V.*

(23) L. 2. § 1. L. 85. § 4. D. *eod.* L. 26. § 13. D. *de cond. ind.* (

(24) L. 2. § 2. 5. L. 85. § 5. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 25. § 9.
(10. 2.) L. 4. § 8. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(25) L. 2. § 3. 4. L. 85. § 4. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 29. D. *de*
L. 13. § 1. D. *de acceptil.* (46. 4.)

(26) *Hugo* nel Mag. civ. vol. IV. p. 250. seg.; Il mio articolo nell'
prat. civ. vol. XIX. n. 3.

(27) Segnatamente *pro rata parte* (§ 227. e 247.), *in quantum fac*

e (28), e per contrapposto di ciò allorchè si deve pre-
mmontare indiviso di un debito, questa appellasi ob-
lidum (29), s. *in totum* (30), s. *in integrum* (31),
ὁλόκληρον (32). 5) Le *obligationes quae naturalem*
ionem. Il concetto di siffatte obbligazioni per mancan-
a dichiarazione non è, a dir vero, esente da dubbio; ma
i è inteso parlare di quelle obbligazioni, le quali hanno
rare la sussistenza ed in generale il soddisfare agl'im-
della vita (33).

to alla loro origine le obbligazioni sono parte *obliga-*
lis la cui ragione di esistenza sta nello stesso dritto
obligationes juris gentium che furon prese dal *jus*
la qual cosa per moltiplici riguardi esercita un' impor-
(35), e

te alla loro propria sussistenza le medesime si dividono-
ni principali, *o. principales*, che sussistono per se
gazioni accessorie le quali presuppongono un' altra
a quale si rapportano, e perciò senza l' obbligazione
anno alcun senso (36). A queste si aggiungono parec-
oni dipendenti dalla efficacia e dalla causa generatrice
gi, delle quali quelle richiedono una particolare dichia-

s (§ 250.), *quatenus in rem versum est* (§ 250.), e *quatenus ad*
.)
. *de V. O.* (45. 1.)
§ 1. L. 11. § 1. 2. D. *de duob. reis*, (45. 2.) § 37. J. *de act.*
D. *pro socio* (17. 2.) L. 14. § 2. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 22
1.) L. 8. C. *sol. matr.* (5. 18.) § 1. 2. J. *quod cum eo* (4. 7.) L.
act. (14. 1.) L. 3. § 1. 2. D. *de inst. act.* (14. 3.) L. 12. D.
.) L. 152. § 3. L. 157. § 2. D. *de R. J.* (50. 17.) L. un. C. *ex*
.) L. 55. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 21. § 9. D. *de furt.*
. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.) L. 1. C. *de cond. furt.* (4. 8.)
D. *de R. J.* (50. 17.)
e re jud. (42. 1.)
4.
. *de cap. min.* (4. 5.). Il mio trattato della restituzione nello stato
.; *Savigny* Sistema vol. II. § 72.
J. et J. (1. 1.) L. 7. pr. § 1. D. *de pact.* (2. 14.) L. 1. § 2. D.
. 1.) L. 10. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 84. § 1. D. *de R. J.* (50.

246.
D. *de solut.* (46. 3.) L. 26. pr. C. *de usur.* (4. 32.)

razione (37), ma queste si appalesano per se stesse dalla spiegazione delle cause onde le obbligazioni hanno origine (38).

2) *Per rapporto all' efficacia* (*).

§. 218. Le obbligazioni in due casi son nulle fin dal principio *nullae obligationes* (1), quando 1) manca alcuno de' loro essenziali requisiti, e quando 2) la causa generatrice generalmente riconosciuta è per eccezione specialmente rigettata, nel qual caso ora ordinariamente vien detta obbligazione insussistente o inammissibile, *obligatio reprobata* (2). Ma anche le obbligazioni valide non han sempre tutti gli effetti, che generalmente possono essere annessi ad una obbligazione, anzi le medesime posson dividersi in obbligazioni efficaci e non efficaci.

1.° Le obbligazioni efficaci dette *obligationes naturales* in senso ampio, perchè in esse si trova sempre senza alcuna restrizione almeno ciò che secondo la *naturalis ratio* dev' esser considerato come conseguenza ed effetto di una vera obbligazione (3), si suddividono in *obligationes civiles et praetoriae*, ed *obligationes naturales* in senso stretto. Si vuol riguardare come il principale effetto di un' obbligazione l' azione a cui essa da origine, quando il debitore può giudiziaria-

(37) V. § 218.

(38) V. § 228.

(*) *A. Schulting* de obl. natural. (comm. acad. T. I. n. 1.); *Weber* Spiegazione sistematica della dottrina delle obbligazioni naturali 5. edizione. Schwerin 1811. 8. *Reinhard* dottrina del dritto Romano delle obbligazioni in generale e delle obbligazioni naturali in particolare. Stuttgart 1827. 8.; *Francke* tratt. civ. n. 2.; *Lelievre* Resp. ad quaest. quid est obl. nat. ex sent. Rom. Lovan. 1826. 4.; *Rosshirt* e *Warnkönig* Giornale vol. I. p. 123.; *Buchel* Dichiarazioni del dritto civile vol. II. dispensa 1.; *L. de Pfordten* de obl. civ. in naturalem transitu Lipsia 1843. 8.; *Christiansen* sulla dottrina della naturalis obl. e condictio indebiti. Kiel 1844. 8.

(1) L. 5. § 14. D. *de reb. eor. qui sub. tut.* (27. 9.) L. 41. § 3. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) L. 75. § 1. D. *de legat.* I. (30.). Nondimeno l' espressione *nulla obligatio* non indica sempre precisamente una vera nullità L. 7. § 2. D. *de distr. pign.* (20. 5.) L. 3. § 3. D. *pro socio* (17. 2.) L. 16 § 2. D. *de minor.* (4. 4.)

(2) Nelle fonti dicesi anche *obligatio reprobata* quando il *mandans* non vuol riconoscere l' obbligazione contratta dal mandatario L. 4. C. *si cert. pet.* (4. 2.) L. 10. C. *quod cum eo* (4. 26.)

(3) L. 10. D. *de O. et A.* (44. 7.). « *Naturales obligationes non eo solo aestimantur si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit.* » L. 16. § 4. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.) Theoph III. 20. § 1. Bisogna bene osservare, ciò che ordinariamente non si fa, che l' espressione *obligatio naturalis* comprende anche le obbligazioni munite di azioni.

mente esser costretto all'adempimento, ma questo effetto, secondo il principio Romano che non s'ammette un'azione se non quando è specialmente conceduta (4), non appartiene a tutte le obbligazioni. Or quando ha luogo un dritto che si può far valere con azione, il che per le obbligazioni nello stesso dritto romano introdotte, senza eccezione (5) si verifica; ma si verifica parimente in molte obbligazioni provvenienti da jus gentium (6), l'obbligazione per rispetto alla origine del dritto di azione chiamandosi una *obligatio civilis*, *vel honoraria s. praetoria* (7). Solo a queste obbligazioni per cui può aver luogo un'azione si applica la distinzione che dipende dalla specie dell'azione, cioè di *obligationes stricti juris*, e *bonae fidei* (8); ed ancora solo ad esse si riferiscono le espressioni *obligatio*, *creditor*, e *debitor*, allorchè s'incontrano senza altra aggiunta (9). Soltanto pel concetto di un'obbligazione efficace è sufficiente eziandio che dopo adempiuta l'obbligazione in essa prestata non possa ripetersi indietro, come *indebitum* (10); presupposto che la [illegible] del debitore intorno all'[illegible] dell'azione contro di lui non abbia qui alcuna influenza, e che quindi la cosa non dipenda dalla sua intenzione di riconoscer volontariamente il debito (11); e siffatte obbligazioni limitatamente efficaci vengono principalmente indicate come *obligationes naturales*. Ciò senza dubbio non era riconosciuto nel dritto romano più antico; in esso le obbligazioni o erano pienamente efficaci o non erano punto riconosciute (12). Solo allorchè la giurisprudenza comin-

(4) V. sopra § [illegible].

(5) Non può valere come una vera eccezione quando non già la natura del fondamento dell'obbligazione, ma soltanto altre ragioni escludono l'azione, come nelle obbligazioni tra padre e figliuoli. L. 4. L. 11. D. *de judic.* (5. 1.)

(6) L. 7. pr. § 1. D. *de pact.* (2. 14.) Cajo III. 132.

(7) § 1. J. *de obl.* (3. 13.) § 1. J. *de litt.* (3. [illegible]) L. [illegible] § 1. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 1. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) L. 8. § 4. L. 11. § 4. D. *de acceptil.* (46. 4.) L. 10. D. *de V. S.* (50. 16.)

(8) L. 1. L. 7. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 38. pr. D. *de* [illegible] (47. 2.) § 28-30. J. *de act.* (4. 6.) Cajo IV. 60.

(9) L. 7. § 4. D. *de pact.* (2. 14.) L. 42. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 16. § 4. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 10. L. 89. L. 108. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 66. D. *de R. J.* (50. 17.)

(10) L. 10. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 16. § [illegible] L. [illegible] D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 2. § 7. D. *quod quisque jur.* (2. 2.) Theophilo III. 20. § 1. V. Nota 3.

(11) L. [illegible] D. *de cond. ind.* (12. 6.) Confr. L. 13. L. 16. L. 19. L. 60. pr. D. *eod.*

(12) Una pruova ne è l'uso del linguaggio notato nella Nota 9., la cui origine presuppone un tempo in cui non si ammisero altre obbligazioni, se non quelle che producevano azione.

ciò a tener più conto delle vedute generali di diritto, e de' principj razionali si potè venire al termine di riconoscere obbligazioni cui mancava la sanzione positiva. A. Da prima ciò avvenne senza dubbio per rispetto alle *obligationes juris gentium* per le quali non si dava ancora alcun' azione, giacchè a tutte queste insieme fu attribuita la forza obbligatoria (13). Per siffatto modo si formò la distinzione di *obligationes juris gentium quae pariunt actionem*, e *quae pariunt exceptionem tantum* (14), le quali ultime convenientemente possono esser chiamate le proprie *obligationes naturales*, perchè esse non solo probabilmente han dato occasione a questa denominazione (15), ma ancora si avvicinano moltissimo alle obbligazioni da cui nasce un'azione (16). Imperocchè in esse oltre alla *soluti retentio* (17) si ammette anche assolutamente la compensazione (18), la fidejussione (19), la costituzione di un pegno (20), la novazione (21), ed il *constitutum debiti* (22), perchè per altri riguardi non sopravvengono delle restrizioni (23); e però il creditore nel fatto non è privo che della sola azione. B. Un passo molto più esteso, ma nel tempo stesso più incerto

(13) L. 84. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.). » Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. » L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.)

(14) L. 7. pr. § 1. 4. D. *de pact.* (2. 14.) L. 5. § 2. D. *de solut.* (46. 3.)

(15) L' espressione *jus gentium* e *jus naturale* sono spesso adoperate l' una per l'altro, e i modi di acquisto procedenti dal *jus gentium* son per questo denominati anche *adquisitiones naturales*.

(16) I casi principali che qui si rapportano sono (A.) quando si è conchiuso un *pactum nudum* L. 7. pr. § 4. D. *de pact.* (2. 14.) L. 5. § 2. D. *de solut.* (46. 3.) L. 84. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.) V. § 339.; B.) quando si è formata un' obbligazione tra persone legate insieme per la patria potestà L. 38. D. *de cond. ind.* (12. 6.) V. § 247.; C.) quando si sono obbligati degli schiavi L. 13. pr. D. *eod.* L. 14. *de O. et A.* (44. 7.) L. 21. § 2. D. *de fidejussor.* (46. 1.) L. 50. § 2. D. *de pecul.* (15. 1.) V. § 246.; ovvero D.) quando si è promesso loro qualche cosa L. 64. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 14. D. *de O. et A.* (44. 7.) V. § 246.; e E.) quando degli impuberi abbiano contrattato senza tutori, ma non già gratuitamente L. 13. § 1. L. 14. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 5. pr. D. *de auct. tut.* (26. 8.) L. 21. pr. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 64. pr. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 25. § 1. D. *quando dies* (36. 2.) § 1. J. *de auct. tut.* (1. 21.) L. 5. § 1. D. *eod.* (26. 8.) L. 4. § 4. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 1. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) V. § 222.

(17) V. Nota 10. ed 11.

(18) L. 6. D. *de compens.* (16. 2.)

(19) L. 6. § 2. L. 7. L. 16. § 3. L. 56. § 1. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.)

(20) L. 5. pr. L. 14. § 1. D. *de pignor.* (20. 1.)

(21) L. 1. § 1. D. *de novat.* (46. 2.)

(22) L. 1. § 7. D. *de const. pec.* (13. 5.)

(23) Una cosiffatta ne contiene la L. 56. § 1. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

fu il far entrare nel campo delle *obligationes naturales* i doveri puramente morali di dare o di fare (24). Siccome qui l' oggetto dell'obbligazione non è da prima neppur relativamente determinato, così generalmente non è possibile di trattar questi doveri morali come obbligazioni; ed anche la somiglianza con le proprie *obligationes naturales* si restringe quasi solamente a ciò, che non si possono richiedere indietro le cose che per effetto di tali doveri si sieno pagate (25). Nondimeno non è da negare che in alcune particolari applicazioni s'incontrano eziandio altri effetti dell' *obligatio naturalis* che in essi fu riconosciuta (26), ma sarebbe impossibile lo stabilire intorno a ciò una regola generale (27).

2.° Al contrario per obbligazioni inefficaci, *obligationes inefficaces*, s. *inutiles*, s. *inanes*, s. *ope exceptionis solutae* s' intendono quelle obbligazioni per le quali o sin dal principio, o per qualche avvenimento posteriore compete al debitore un' eccezione perentoria contro l' azione del creditore (28), o almeno competerebbe se il dritto in se medesimo potesse farsi valere con un'azione (29). Allora per re-

(24) Noi troviamo ciò segnatamente A.) nell' obbligazione alla gratitudine e specialmente alla rimunerazione pei doni ricevuti L. 25. § 11. D. *de hered. pet.* (5. 3.) L. 65. § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 10. § 13. L. 12. pr. D. *mandati* (17. 1.) L. 27. D. *de donat.* (39. 5.); B) nel dovere dei parenti di soccorrersi a vicenda, anche quando non ha luogo l' obbligazione giuridica degli alimenti, L. 4. D. *ubi pupill.* (27. 2.) L. 1. § 2. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 12. § 3. L. 13. § 2. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 20. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 73. § 1. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 5. § 14. D. *de agn. et al. lib.* (25. 3.); C.) nel dovere della moglie alla dotazione L. 32. § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.); D.), nell' obbligo del manomesso di prestar dei servigi al suo padrone, prescindendo dalla giuridica *operarum obligatio* L. 26. § 12. D. *eod.*

(25) L. 26. § 12. L. 32. § 2. L. 65. § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 7. § 2. D. *de don. int. V. et U.* (24. 1.) L. 1. § 2. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 13. § 2. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(26) L. 25. § 1. D. *de hered. pet.* (5. 3.)

(27) La storia dommatica della donazione rimuneratoria viene in comprova di ciò. Mentre molti vogliono riguardare le donazioni rimuneratorie assolutamente come l'adempimento di un debito, altri non vi riconoscono nulla di speciale.

(28) L. 8. D. *de cond. ob. turp. caus.* (12. 5.) L. 50. L. 51. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 42. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 95. § 2. D. *de fidejuss.* (46. 3.) L. 10. L. 55. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 66. D. *de R. J.* (50. 17.) Confr. Nota 37.

(29) Senza questo principio il *debitor naturalis* in alcune circostanze sarebbe in una condizione peggiore di un debitore obbligato giuridicamente. Colui che ingannato ha promesso mediante stipulazione può valersi della *condictio*, quando senza conoscere il dolo abbia eseguita la prestazione; ma chi avesse promesso mediante un *nudum pactum* non l'avrebbe potuto senza il predetto principio. V. L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.)

gola l' obbligazione non vale neppure come *obligatio natu*
Per conseguenza il debitore non è tenuto ad ammetter la
zione (31); il suo adempimento del debito è irrevocabile so
egli conoscendo l' eccezione che gli compete, e quindi nella
di rinunziarvi ha fatto il pagamento (32), e solo sotto la
presupposizione può anche essere obbligatoria la fidejussion
pegno (34), la novazione (35), ed il *constitutum debiti* (3
ragione le *obligationes inefficaces* comunemente sono assom
nulle o perfettamente estinte (37), dalle quali nondimeno s
zialmente differenti in questo che esse per la ricognizion
rinunzia all'eccezione, ovvero allorchè questa in altra guisa
sare, possono nuovamente acquistar vigore (38), che il drit
stabilito prima che nasca l' eccezione per lo più rimane val
che hanno talvolta anche maggiori effetti. Vale a dire se
appartiene alle *exceptiones juris* introdotte *odio creditori*
avversione contro la natura dell' obbligazione, essa lascia
l' obbligazione almeno come *naturalis obligatio* nel senso
dà luogo alla ripetizione d' indebito anche nel caso che il de
avesse avuto cognizione della sua eccezione, e che le fidej
rimangono valide (40). Ciò probabilmente si fondava sul sena
Macedoniano, la cui disposizione a ciò relativa per verità
solo i prestiti de' *filii-familias*, ma da' giureconsulti fu n
neralizzata, ma anche maggiormente estesa, giacchè noi t

(30) L. 40. L. 42. pr. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 5. pr. § 3. L. 13.
pign. (20. 6.) L. 19. pr. D. *de negot. gest.* (3. 5.).

(31) L. 14. D. *de comp.* (16. 2.).

(32) L. 1. L. 24. L. 26. § 3. 7. L. 50. L. 51. L. 56. D. *de cond. in*
46. L. 42. pr. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 34. § 11. D. *de solut.* (46. 3.
pact. (2. 3.) L. 9. C. *ad Sct. Vell.* (4. 29.)

(33) L. 37. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(34) L. 5. pr. § 3. L. 13. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(35) L. 12. D. *de novat.* (46. 2.) L. 78. § 5. D. *de jure dot.* (23. 3

(36) L. 3. § 1. D. *de const. pec.* (13. 5.)

(37) L. 7. § 8. D. *de dolo* (4. 3.) L. 8. § 9. D. *ad Sct. Vell.* (16. 1
51. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 20. § 3. D. *de lib. causa* (40. 12.) L.
O. (45. 1.) L. 10. L. 55. L. 109. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 13. L. 66.
de R. J. (50. 17.)

(38) L. 13. D. *de lib. leg.* (34. 3.) L. 25. D. *de V. O.* (45. 1.) L.
vat. (46. 2.) L. 95. § 2. D. *de solut.* (46. 3.) L. 2. C. *ad Sctm. mace*

(39) L. 6. C. *de luit. pign.* (8. 31.) V. § 209. Nota 6-11.

(40) L. 14. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 19. pr. L. 40. pr. D. *de co*
6.) L. 7. § 16. L. 9. pr. § 4. 5. L. 10. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L.
dejuss. (46. 1.)

medesima cosa in molte altre applicazioni (41). Nella *exceptio Scti Macedoniani* sono ammessi quasi tutti gli effetti delle proprie *obligationes naturales* (42), questo però non si può sostenere generalmente, anzi è necessario attenersi alle disposizioni espresse che s' incontrano ne' fonti, giacchè i Romani manifestamente in questo rapporto non riuscirono a formare una certa e stabile teoria, sulla quale si potesse fondare (43).

III. ADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI. PRINCIPI PER RAPPORTO

1) *ai Soggetti* (*).

§. 219. Lo scopo immediato di tutte le obbligazioni è la prestazione di ciò a cui il creditore ha dritto, la qual prestazione in preferenza chiamasi pagamento, *solutio* (1), sebbene questa espressione s' incontri per ogni soddisfazione *satisfactio* del creditore (2). Ma intorno a ciò che è necessario perchè il pagamento sia regolarmente fatto si può stabilire la regola semplice che la prestazione dee farsi da una persona legittima ad una persona legittima, dee cadere sopra un oggetto legittimo, e adempirsi nel tempo e nel luogo legittimo. L' applicazione di questa regola con le sue modificazioni ed eccezioni richiede una più particolare dichiarazione. Primamente per quel che riguarda le persone legittime:

(41) Segnatamente A.) nell' *exceptio rei judicatae* fondata sopra un ingiusta sentenza L. 8. § 1. D. *rat. rem. hab.* (46. 8.) L. 60. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 32. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 27. D. *de pignor.* (20. 1.), quantunque sembri che Paolo sia stato di altra opinione L. 28. D. *de cond. ind.* (12. 6.); B.) nell' *exceptio capitis diminutionis* L. 2. pr. § 2. D. *de cap. min.* (4. 5.); C.) nell' *exceptio quod quisque juris in alium statuerit, ut ipse eodem jure utatur* L. 3. § 5-7. D. *quod quisque juris* (2. 2.); D.) nell' *exceptio confusionis* quando l' erede ha dovuto restituire l' eredità come fedecommesso L. 59. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.); E.) nell' *exceptio competentiae* L. 8. L. 9. D. *de cond. ind.* (12. 6.); e E.) nell' *exceptio peculii exhausti*. L. 11. D. *eod.*

(42) L. 7. § 16. L. 8. L. 9. pr. § 4. 5. L. 10. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 2. C. *eod.* (4. 28.)

(43) Veramente è facile il porre il principio: ciocchè vale delle *obligationes naturales* propriamente dette, deve anche valere quando l' *exceptio* lascia sussistere la *naturalis obligatio*; ma ciò è correr troppo precipitosamente senza riguardo ai testi. La Romana giurisprudenza era sulla via di applicar questo principio, ma non si venne al termine di stabilirne una regola.

(*) *Bosshirt* nel giornale suo e di *Warnkönig* vol. II. p. 10. seg.

(1) Caj. III. 168.; pr. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.)

(2) L. 176. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 52. L. 54. D. *de solut.* (46. 3.)

1.° È regola, che il debito si estingue qualunque sia la pe
abbia pagato (3), ma il creditore non è tenuto di accettar l
zione da altri che dal debitore medesimo, quando il terzo n
mandatario del debitore, o un suo tutore, o fidejussore (4).
questa eccezione vien meno allorchè la prestazione è dipe
certe qualità personali (5). Ma è necessario 1) che la cosa p
prestata con la intenzione che per tal mezzo si estingua il
non già per qualche altro scopo (6), segnatamente non per
la cessione del credito, il che però non si presume (7) se non
che per legge han dritto di ottenere la cessione mediante il p
di un debito altrui, come sono i fidejussori (8), i correi (9)
sori (10), i creditori con pegno per rapporto alla cosa mede
i tutori, i quali pagano, ma non spontaneamente, per un s
re (12). 2) Si richiede anche, se si tratta di un' obbligazion
che colui il quale dà, quando anche egli sia il debitore, sia
disporre, in caso contrario può richiedersi indietro ciò ch
to (13).

2.° Per contrario in rapporto al sapere a chi bisogna far
zione vale la regola che bisogna adempir precisamente verso
re, e dell'adempimento che si fa verso un altro non si tien c
creditore non gliene abbia dato mandato, o posteriormente a
chi, o se chi ha ricevuto il pagamento non abbia consegnato a
ciò che ha ricevuto (14). Nondimeno anche questa regola pa

(3) L. 23. L. 40. L. 53. D. *de solut.* (46. 3.) L. 39. L. 43. D. *de negot.*
(4) L. 56. D. *de solut.* (46. 3.) § 2. J. *quib. alien. licet. vel. non* (2
(5) L. 31. D. *de solut.* (46. 3.)
(6) L. 55. D. *eod.*
(7) L. 76. D. *eod.*
(8) L. 28. D. *mand.* (17. 1.) L. 36. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 95. §
solut. (46. 3.). Non si oppongono le L. 39. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 1
eod. (8. 41.)
(9) L. 47. D. *locati* (19. 2.) L. 4. D. *de his qui effud.* (9. 3.) L. 5. p
sib. (50. 15.)
(10) L. 23. D. *de solut.* (46. 3.) Confr. con L. 45. § 9. D. *de jure fi*
(11) L. 11. § 4. L. 12. § 6. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 12. C. *de pign.*
4. C. *de his qui in prior. cred. loc.* (8. 19.)
(12) L. 25. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. § 13. 18. L. 20. § 1. D.
(27. 3.) L. 95. § 10. D. *de solut.* (46. 3.) L. 2. C. *de contr. tut. jud.* (
si oppongono le L. 1. C. *eod.* L. 76. D. *de solut.* (46. 3.)
(13) § 2. J. *quib. alien. licet.* (2. 8.) L. 29. D. *de cond. ind.* (12. 6.
D. *de auct. tut.* (26. 8.) L. 14. § 8. D. *de solut.* (46. 3.)
(14) L. 12. § 4. L. 13. L. 34. § 4. L. 49. L. 58. L. 61. L. 64. L. 1
L. 12. C. *eod.* (8. 43.) L. 180. D. *de R. J.* (50. 17.)

eccezioni. Imperocchè il pagamento è valido allorchè è fatto 1) al tutore del creditore (15), sebbene qui in alcune circostanze sieno da adoperarsi alcune misure di precauzione (16), 2) ad un *procurator omnium bonorum* del creditore (17), 3) ad un cassiere *dispensator* del medesimo (18), 4) ad un mandatario il quale abbia avuto la facoltà di ricevere (19), e non già solamente d' intentar l'azione pel pagamento (20), 5) al cessionario (21), 6) ad un così detto *adjectus solutionis*, cioè ad alcuno che anticipatamente è stato destinato a poter anch' egli ricevere il pagamento (22), purchè il medesimo nell' intervallo non abbia patito una *capitis diminutio* (23), 7) allo schiavo o *filiusfamilias* del creditore, che a costui ha acquistato il credito (24), e 8) al creditore del creditore, almeno nel senso che il debitore possa opporre la compensazione per quanto il suo creditore ne ha tratto profitto (25), ma senza alcuna restrizione poi quando il credito era oppignorato al creditore del creditore (26). In due casi non si può neppure pagar validamente allo stesso creditore: 1) allorchè il credito è stato ceduto e di ciò si è fatto consapevole il debitore (27), e 2) allorchè il creditore non ha la libera disposizione del suo patrimonio, nel qual caso si dee pagare al suo tutore, ma non pertanto compete anche al debitore l'*exceptio doli* finchè il creditore possiede ciò che a lui medesimo è stato pagato (28).

(15) L. 7. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) L. 46. § 5. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 13. D. *de condit.* (35. 1.) L. 14. L. 45. § 1. L. 49. L. 68. D. *de solut.* (46. 3.) L. 1. C. *si adv. sol.* (2. 33.)

(16) L. 25. L. 27. C. *de adm. tut.* (5. 37.) § 2. J. *quib. alien. licet.* (2. 8.) Confr. § 144. n. VI.

(17) L. 10. § 2. L. 11. L. 12. D. *de pact.* (2. 14.) L. 12. pr. D. *de solut.* (46. 3.)

(18) L. 11. § 5. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 49. L. 51. L. 62. D. *de solut.* (46. 3.)

(19) L. 10. § 2. L. 11. L. 12. D. *de pact.* (2. 14.) L. 11. § 5. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 12. pr. § 2. L. 38. § 1. L. 106. D. *de solut.* (46. 3.)

(20) L. 13. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 86. D. *de solut.* (46. 3.)

(21) L. 13. § 1. D. *de pact.* (2. 14.)

(22) L. 38. § 20. L. 131. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 10. L. 11. L. 12. § 1. 3. L. 33. pr. L. 88. pr. L. 59. L. 71. pr. L. 95. § 7. L. 106. L. 108. D. *de solut.* (46. 3.) *Brandis* nel Museo Renano vol. V. n. 11.

(23) L. 38. pr. D. *eod.*

(24) L. 35. D. *eod.* L. 3. C. *ead.* (8. 43.) L. 11. D. *depositi* (16. 3.)

(25) L. 6. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 61. L. 66. D. *de solut.* (46. 3.) *Muller* nell' Arch. per la prat. civ. vol. XV. n. 12.

(26) L. 11. § 5. L. 18. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 4. C. *quae res pign.* (8. 17.)

(27) L. 3. C. *de novat.* (8. 42.)

(28) § 2. J. *quib. al. licet.* (2. 8.) L. 4. D. *de except.* (44. 1.) L. 15. L. 47. pr. D. *de solut.* (46. 3.)

2) *Per rapporto all' oggetto.*

§ 220. S'intende da se che regolarmente dee prestarsi precisamente la cosa medesima che forma l' oggetto dell' obbligazione, e nè il creditore può arbitrariamente domandare una cosa diversa, nè il debitore può a sua posta sostituirvi qualche altra cosa (1). Allorchè l'adempimento deve effettuarsi in una volta sola il creditore non è obbligato di ricevere de' pagamenti parziali successivi (2); il che però non ha applicazione quando una sola parte del debito viene impugnata, giacchè qui il creditore non può ricusare di accettare il pagamento della parte non controversa, ed agire per l'intero, ma la sua azione dee rivolgersi alla parte impugnata (3), dall' altro lato poi il debitore neppure può ricusare il pagamento della parte non impugnata fino alla decisione sul resto (4). S' incontrano delle eccezioni a questi principi ne' seguenti casi:

1.° Se la prestazione dovuta è divenuta impossibile per colpa del debitore, il creditore può sempre domandare il risarcimento in danaro (5), se poi l'impossibilità è derivata dal caso può domandarlo almeno quando il debitore al tempo della disgrazia si trovava già in mora (6), o ne avea preso sopra di se il rischio (7), o se il caso fu provocato da un suo fatto illecito (8). Qui la valutazione *aestimatio*, non si regola secondo il tempo ed il luogo in cui il debito ebbe origine (9), le quali cose son prese in considerazione solo allorchè alcuno in forza di una convenzione

(1) Pr. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 2. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 11. § 25. D. *de legat.* III. 32. L. 46. pr. D. *de solut.* (46. 3.) L. 16. L. 17. C. *eod.* (8. 43.)

(2) L. 13. § 8. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 41. § 1. D. *de usur.* (22. 1.). Non si oppone L. 15. C. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(3) L. 21. D. *de reb. cred.* (12. 1.). Ciò può divenire molto importante per le spese del giudizio, e la *summa appellabilis.*

(4) L. 78. pr. D. *de legat.* II. (31.)

(5) L. 23. L. 91. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) Paul. V. 7. § 4. L. 1. pr. L. 11. § 9. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 4. C. *eod.* (4. 49.)

(6) L. 5. § 4. D. *de in litem. jur.* (12. 3.) L. 23. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 14. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L. 47. § 6. L. 108. § 11. D. *de legat.* I. (30.) L. 23. L. 24. L. 82. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.)

(7) L. 1. § 35. D. *depos.* (16. 3.) L. 9. § 2. D. *locati.* (19. 2.)

(8) § 2. J. *quib. mod. re.* (3. 14.) L. 5. § 4. 7. L. 18. pr. D. *commod.* (13. 6.) L. 11. § 1. D. *locati* (19. 2.) L. 1. § 4. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(9) L. 37. D. *mandati.* (17. 1.) L. 22. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 28. D. *de novat.* (46. 2.)

dee prestare il valore di una cosa, ma 1) secondo il tempo (10), ed il luogo in cui la cosa si sarebbe dovuta prestare, allorchè fu stabilito il luogo ed il tempo della prestazione (11), 2) in altro caso, secondo il luogo in cui si è intentata l'azione, e per rapporto al tempo, ne' giudizi di stretto dritto si ha riguardo al tempo della contestazione della lite, e ne' giudizi di buona fede a quello della condanna (12). Ma anche queste regole hanno le loro eccezioni: 1) allorchè una parte trovisi in mora, mentre per la mora del debitore si deve attendere al luogo ed al tempo più sfavorevole al debitore, in cui avrebbe potuto richiedersi la prestazione, ma nella mora del creditore si osserva il contrario (13), e 2) allorchè la valutazione può seguire per mezzo del giuramento estimatorio del creditore, nel qual caso essa non è soggetta ad alcuna regola fissa, e quindi il creditore può tener conto del valore di affezione, a cui altramente non si potrebbe aver riguardo (14). Intanto ciò ha luogo solamente ne' giudizi di buona fede (15), salvo quando in un giudizio di stretto dritto non si potrebbe in altra guisa determinare il valore (16), ed anche ne' giudizi di buona fede ciò ha luogo solo in quanto A. l'azione appartenga alle *actiones arbitrariae* (17), o abbia per oggetto un *restituere* (18),

(10) L. 12. § 1. D. *si quis caut. jud. sisti* (2. 11.) L. 22. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 3. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) L. 4. D. *de cond. tritic.* (13. 3.) L. 11. D. *de re jud.* [illegible] una cosa, per effetto del contratto è tenuto a prestarne il valore.

(11) L. 22. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 4, D. *de cond. tritic.* (13. 3.)

(12) L. 22. D. cit. L. 4. D. cit. L. 3. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 37. D. *mandati* (17. 1.) L. 28. D. *de novat.* (46. 2.) L. 8. § 1. D. *de edendo* (2. 13.)

(13) L. 8. § 1. L. 13. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 3. D. *de cond. tritic.* (13. 3.) L. 3. § 3. 4. D. *de act. empti* (19. 1.)

(14) L. 1. L. 4. § 2. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) L. 54. pr. D. *mandati* (17. 1.) Confr. con L. 6. § 2. D. *de op. serv.* (7. 7.) L. 33. pr. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 63. pr. D. *ad leg. Falcid.* (35. 2.)

(15) L. 5. pr. D. *de in litem. jur.* (12. 3.) L. 3. § 2. D. *commod.* (13. 6.)

(16) L. 5. § 4. L. 6. D. *de in litem. jur.* (12. 3.). È singolare che l'*actio rerum amotarum*, sebbene annoverata tra le *condictiones* L. 26. D. *de act. rer. amot.* (25. 2.), pure in generale ammette il *juramentum in litem* L. 8. § 1. D. *eod.*

(17) V. § 63. Nota 23. Ciò qui è importante soltanto per rispetto all' *actio de certo loco* (§ 224.), giacchè le altre azioni arbitrarie tendono tutte ad un *restituere* o *exhibere*, e quindi anche senza di ciò dan luogo al *juramentum in litem*.

(18) L. 2. D. *de in lit. jur.* (12. 3.). Da ciò viene che il *juramentum in litem* non s'incontra mai nelle *actiones contrariae*, imperocchè queste non tendono mai ad un *restituere* L. 5. pr. D. *depos.* (16. 3.), e neppure s'incontra nell' *actio empti*, e nell' *actio conducti*; ma per contrario di frequente s'incontra nell' *actio commodati*, *depositi*, *pignoratitia*, *mandati*, *tutelae* e *negotiorum gestorum directa*, quando cioè si contende

o *exhibere* (19), o anche 3. il debitore [illegible] solo per dolo o colpa grave si trovi nello stato di non poter adempire più alla obbligazione (20). Oltre a ciò s'incontrano in alcuni casi [illegible] delle particolari [illegible] (21).

2. Nelle obbligazioni di fare il creditore ha [illegible] di agire pei danni interessi allorchè il debitore è in mora, senza che questi possa obbligarlo a ricevere la prestazione [illegible] l'oggetto dell'obbligazione (22).

3. Per contrario il debitore può liberarsi col pagamento di una somma di danaro corrispondente al valore della cosa, allorchè l'adempimento della propria prestazione gli cagionerebbe un dispendio [illegible] sproporzionato (23).

4. Il debitore ne' debiti di una somma di danaro non solo 1) senza riguardo alla specie di monete in che il debito è stato espresso può pagare in ogni moneta del paese che ha valore nel luogo del pagamento e non è fuori corso (24), eccetto ne' prestiti di danaro, in cui il creditore ha diritto di ricevere la stessa sorta di monete da lui data (25), o quando si è pattuito che il pagamento si debba fare in una determinata specie di monete (26); ma anzi 2) secondo la prescrizione di Giustiniano, allorchè il debitore non s'ha potuto procurar del danaro può costringere il creditore che richiede la soddisfazione ad accettare in luogo di pagamento altre cose [illegible], ed in prima le sue cose mobili, ma in caso di necessità anche gl'immobili; ma

per la restituzione, e parimente nelle *actiones venditi et locati*, in quanto sono proposte per la restituzione delle cose vendute o locate.

(19) L. 2. L. 5. pr. L. 19. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) [illegible] D. *ad exhib.* (10. 3.)

(20) L. 2. § 1. L. 4. § 4. L. 5. § 3. L. 8. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) L. 1. L. 2. C. *eod.* (5. 53.)

(21) P. es. nella locazione il *jur. in litem* presuppone una colpa, [illegible] L. 48. § 1. D. *locati* (19. 2.)

(22) L. 11. L. 13. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 72. pr. L. [illegible]. D. *de V. O.* (45. 1.)

(23) L. 71. § 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 14. § 2. D. *de legat.* III. (32.)

(24) L. 24. § 1. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 65. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. un. C. *de collat. aeris* (10. 29.) L. un. C. *de argenti pretio* (10. 76.) L. 1. C. *de vet. numismatum pot.* (11. 10.)

(25) L. 3. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 99. D. *de solut.* (46. 3.). Il manoscritto Fiorentino ha in quest' ultimo luogo *debitorem* per *creditorem*, ma ciò non dev' essere esatto sebbene il *Binkershoek* Obs. I. 9. lo difenda.

(26) Non si oppone la L. 65. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.)

in ciò il creditore ha il diritto di ricercare il meglio (27). Sotto tal rapporto Giustiniano stabilì delle disposizioni speciali pel caso che una Chiesa o uno Stabilimento pio voglia dar degl'immobili in luogo di pagamento. In questo caso devesi primamente offrire al creditore il godimento dell' immobile per soddisfarsi di ciò che deve avere, e quando egli a ciò non consenta, l'immobile deve per venti giorni pubblicamente essere esposto alla vendita. Se non si trova alcun compratore, il creditore per verità ne ottiene la proprietà, ma si dee contentar di ricevere la metà dell' ammontare del suo credito in fondi di peggior qualità, e deve inoltre accettar tutto per un decimo di più del prezzo di stima (28).

5. Il più ampio favore conceduto a'debitori è quello introdotto dall' editto del pretore pel così detto beneficio della competenza, il quale consiste in questo che in certe circostanze il debitore non è tenuto a dare dal suo patrimonio in soddisfazione de' suoi creditori più di quello che ciascuno può cedere senza privarsi di ciò che è necessario al suo sostentamento, quatenus facere potest (29). 1) In generale godono di questo beneficio i soldati (30), coloro che già una volta han fatto cessione de' loro beni a' creditori (31), e quei che sono stati filii familias, per rispetto a tutti i debiti contratti nel tempo che erano sotto la patria potestà, in quanto o essi non hanno ereditato nulla dal padre, o quel che han ricevuto è ben poco in paragone de' debiti (32). 2) Taluni godono di questo favore medesimo solamente verso alcuni determinati creditori, cioè gli ascendenti verso i loro discendenti (33), i padroni come pure i loro figliuoli e genitori verso i loro liberti (34), i coniugi reciprocamente (35), ed il suocero verso il genero finchè dura il matrimonio di

(27) Nov. 4. C. 3. Rigorosamente parlando qui non si tratta che di un [illegible] debito in [illegible].

(28) Nov. 120. c. 6. § 2.

(29) L. [illegible] pr. D. quod cum eo. (14. 5.) L. [illegible] § 4. D. de [illegible] (42. 1.) Confr. con L. 173. pr. D. de R. J. (50. 17.) [illegible] Hollfeld de [illegible] ([illegible] T. I. n. [illegible]) [illegible] nella Bibliothèque du [illegible] T. I. p. 387. seq.

(30) L. 6. pr. [illegible] D. de re jud. (42. 1.)

(31) L. 4. L. 6. L. 7. D. de cess. bon. (42. 3.) L. 3. C. de bon. [illegible] (7. 72.)

(32) L. 2. pr. § 1. 4. pr. L. 5. D. quod cum eo (14. 5.) L. 10. § 2. D. de fidejuss. (46. 1.) L. 2. C. quod cum eo (4. 26.)

(33) § 38. J. de act. (4. 6.) L. 7. § 1. D. de obseq. (37. 15.) L. 16. L. 17. D. de re jud. (42. 1.)

(34) L. 17. D. eod. L. 7. pr. D. de except. (44. 1.) § 38. J. de act. (4. 6.)

(35) § 37. J. de act. (4. 6.) L. 12-15. L. 17. § 1. L. 27. L. 28. D. sol. matr. (24. 3.) L. 20. D. de re jud. (42. 1.)

costui (36). 3) Da ultimo questo beneficio ha anche luogo in alcuni determinati debiti, qualunque sieno le persone che vi han parte, cioè A. allorchè il donante è convenuto per effetto della donazione (37), o B. un socio per effetto della società (38), o C. il marito a cagione delle spese funebri pel funerale della moglie (39), o D. il marito o suo padre o i suoi figliuoli per la restituzione della dote, in quanto l'obbligo della restituzione non sia fondato sopra una espressa promessa (40), e E. quando il creditore ha per convenzione assicurato al debitore la competenza (41). Il beneficio della competenza, il quale è strettamente personale (42), e si perde per un procedere doloso del debitore (43), si può anche dopo la decisione invocar contro l'esecuzione (44), ma sempre il debitore può solo dedurre ma non già ripetere alcuna cosa dopo aver già adempiuta l'obbligazione (45). Ed anche la deduzione, salvo nelle donazioni, non può estendersi a ciò che il debitore deve ad altri (46). Nella società e nella dote deve inoltre il debitore [illegible] sulla richiesta del creditore, che egli pagherà posteriormente ciò che ha dedotto subito che ne abbia il modo (47). La rinunzia esclude il pretendere il beneficio della competenza, e solo il marito non può validamente rinunziarvi verso sua moglie (48).

6. Talvolta la cessione di un credito [illegible] luogo di un altro ed [illegible]

(36) L. 21. L. 22. pr. D. *eod.* L. 17. pr. D. *sol. matr.* (24. 3.)

(37) L. 19. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 33. pr. D. *de donat.* (39. 5.)

(38) § 38. J. *de act.* (4. 6.) L. 16. L. 22. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 63. pr. D. *pro socio* (17. 2.) [illegible]

(39) L. 21. [illegible] D. *de religiosis* (11. 7.)

(40) L. 15. § 2. L. 16. L. 18. pr. L. 27. L. 28. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 20. L. 21. L. 22. pr. L. 23. D. *de re jud.* (42. 1.) L. un. § 7. C. *de rei uxor. act.* (5. 13.) § 37. J. *de act.* (4. 6.)

(41) L. 49. D. *de pact.* (2. 14.) L. 26. D. *de re jud.* (42. 1.)

(42) L. 63. § 2. D. *pro socio* (17. 2.) L. 12. L. 13. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 24. L. 25. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 7. pr. D. *de exc.* (44. 1.)

(43) L. 63. § 7. [illegible] D. *pro socio* (17. 2.) L. [illegible] D. *de re jud.* (42. 1.)

(44) L. 17. § 2. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 33. pr. D. *de donat.* (39. 5.) L. 41. § 2. D. *de re jud.* (42. 1.)

(45) L. 8. L. 9. D. *de cond. indeb.* (12. 6.)

(46) L. 63. § 3. D. *pro socio* (17. 2.) L. 54. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 12. D. *de donat.* (39. 5.) L. 16. L. 19. § 1. L. 49. D. *de re jud.* (42. 1.). Nondimeno forma un'eccezione nelle donazioni ciò che il donante deve ad altri, quando anche non fosse che per ragione di una donazione L. 19. § 1. D. *eod.*

(47) L. 63. § 4. D. *pro socio* (17. 2.) L. un. § 7. C. *de rei uxor. act.* (5. 13.)

(48) L. 14. § 1. D. *sol. matr.* (24. 3.)

prestazione: 1) *Chi* ha pagato il prezzo di una cosa quantunque involontariamente, purchè non per proprio dolo (49), questi, se la cosa non gli vien data, può chiedere in ogni caso che chi ha ricevuto il pagamento gli ceda la sua azione per ottenere la cosa, o il suo valore, anche quando costui senza sua colpa non abbia potuto procurare la cosa (50). 2) Chi non presta l'oggetto proprio della sua obbligazione generalmente deve cedere almeno i diritti di azione, che gli competono contro i terzi per rapporto a questo oggetto (51); ma anche 3) non può da lui chiedersi altro che questa cessione, allorchè non è proceduto da sua colpa che egli non abbia quell'oggetto (52), o allorchè il fondamento della sua obbligazione non è che un debito contratto dal suo tutore o procuratore (53).

3) *Per rapporto al tempo.*

A Regole generali.

§ 324. 1.° Allorchè nulla è stabilito sul tempo dell'adempimento di un'obbligazione, può immediatamente domandarsene l'adempimento (1), solo si dee sempre concedere al debitore quello spazio che secondo le circostanze l'effettuamento della prestazione richiede (2); ancora ci ha alcuni casi particolari, ne' quali il debitore per legge gode di un certo termine (3).

(49) L. 60. L. 70. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(50) L. 63. D. *eod.* L. 13. D. *de distr. pign.* (20. 5.) L. 25. § 8. D. *locati* (19. 2.) L. 12. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 53. § 3. D. *de furt.* (47. 2.) L. 36. D. *de evict.* (21. 2.)

(51) L. 21. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 24. pr. D. *de minor.* (4. 4.) L. 35. § 4. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 14. pr. D. *de furt.* (47. 2.) L. 13. § 12. D. *de act. empti* (19. 1.) Confr. i luoghi citati nella seguente nota.

(52) L. 51. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 24. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 21. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 35. § 4. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 8. pr. L. 39. § 3. L. 73. § 2. 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 8. § 10. D. *mandati* (17. 1.) L. 39. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.) L. 73. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 16. § 7. L. 17. L. 18. pr. L. 20. § 17. L. 30. L. 31. pr. L. 35. D. *de hered. pet.* (5. 3.) L. 3. § 5. D. *de in rem verso* (15. 3.) L. 1. § 16. D. *si quadrupes* (9. 1.) L. 21. D. *de hered. vel act. vend.* (18. 4.) *Muhlenbruch* della cessione § 38.

(53) L. 3. § 1. D. *de trib. act.* (14. 4.) L. 25. § 4. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(1) § 2. J. *de V. O.* (3. 15.) L. 41. § 1. D. *eod.* (45. 1.) L. 14. D. *de R. J.* (50. 17.) «*In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur.*»

(2) L. 21. § 12. D. *recept.* (4. 8.) L. 2. § 6. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 17. § 3. D. *de usur.* (22. 1.) L. 14. L. 41. § 1. L. 60. L. 98. § 1. L. 137. § 2. 3. D. *de V. O.* (45. 1.)

(3) L. 9. D. *qui sine manum.* (40. 8.)

2.° Se il tempo è lasciato alla discrezione del debitore, allora questi può indugiare finchè vive, cosicchè la necessità di adempire comincia primamente ne' suoi eredi (4).

3.° Da ultimo se il tempo dell'adempimento è determinato assolutamente o relativamente (5) (nel qual caso l'indicazione di un termine che spesso ritorna devesi nel dubbio riferire a quel che prossimamente verrà (6) (a); ed allorchè la prestazione dee seguire in più giorni, settimane, mesi, o anni, due di tali periodi di tempo si hanno a ritenere come il termine voluto) (7), il debitore per verità non è mai tenuto di adempir più presto (8), ma il può certamente (9), se la determinazione del tempo non siasi fatta manifestamente per la maggiore utilità del creditore (10). Lo stabilimento del tempo nel quale o dopo del quale il debitore può venire obbligato all'adempimento può farsi non solamente nel tempo che si contrae l'obbligazione, ma anche posteriormente, ed in tre guise: 1) mediante un *pactum de non petendo* espresso dal creditore *in diem* o *in personam* (11), al che egli può talvolta anche venir obbligato, giacchè secondo una disposizione di Giustiniano, quando un debitore dichiarà che, se non gli si conceda un termine da parte de' suoi creditori, egli debba abbandonare a costoro il suo patrimonio, e quei che uniti insieme hanno diritto a prenderne la maggior parte, consentono a dargli un termine, ciò obbliga anche gli altri, non però al di là di cinque anni (12). 2) Mediante un così detto *moratorium* allorchè per un privilegio speciale vien conceduta al debitore

(4) L. 4. L. 9. D. *eod.* L. 11. § 6. L. 41. § 13. D. *de legat.* III. (32.). Alcuni Giureconsulti Romani volevano che le convenzioni con una siffatta determinazione di tempo non fossero valide, altri avevano la stessa opinione ma solo condizionalmente L. 46. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.)

(5) Una tale determinazione può venire anche indirettamente L. 2. § 6. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 36. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(6) L. 13. L. 41. pr. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.)

(7) L. 17. § 3. D. *de manum. test.* (40. 4.) L. 217. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.)

(8) § 2. J. *de V. O.* (3. 15.) L. 42. D. *eod.* (45. 1.) L. 44. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(9) L. 38. § 16. L. 41. § 1. L. 137. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 17. D. *de R. J.* (50. 17.)

(10) L. 17. D. cit. L. 15. D. *de annuis legatis* (33. 1.)

(11) L. 7. § 8. L. 17. § 2. 7. L. 18. L. 19. L. 20. L. 21. pr. L. 22. L. 23. L. 25. § 1. L. 27. § 1. L. 56. § 1. D. *de pact.* (2. 14.) L. 5. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(12) L. 8. C. *qui bon. ced. poss.* (7. 71.)

(a) P. es. se alcuno si sarà obbligato di far qualche cosa per le Calende di *Gennajo*, senza aggiunger le prime, le seconde, etc. s' intenderà obbligato per le prossime calende di Gennajo. Nota del Trad.

una dilazione pel pagamento, il qual favore nella Romana repubblica s'incontra più volte come una regola generale, ed ordinariamente dava la facoltà di pagare i debiti in tre termini annuali, *annua, bima, trima die* (13); ma dagl' imperadori d' ordinario si concedeva particolarmente a' singoli creditori (14); in questa forma però esso non giovava agli eredi del debitore (15). E 3) mediante la cessione de' beni, giacchè il debitore gode dipoi del beneficio della competenza, e quindi non può esser convenuto prima che egli abbia nuovamente più di quello che al suo sostentamento è necessario (16). Per rispetto agli effetti che derivano, allorchè non si è osservato il termine dell' adempimento, son da distinguere tre casi: 1) Il creditore intenta l' azione prima del tempo. Secondo il dritto antico, per questa *plus petitio tempore* egli perdeva il suo credito subitochè il debitore ricorreva a questo mezzo di difesa (17). Nondimeno Zenone mitigò questo rigore disponendo che si dovesse soltanto raddoppiare il termine, di cui il debitore dovea godere, e che il creditore non potesse nuovamente riprodurre l' azione prima di aver pagato le spese del precedente giudizio (18). 2) Il debitore adempie prima del tempo. In generale ciò non gli dà dritto a risarcimento; ma ha luogo una eccezione allorchè un debito di cose fungibili non produttivo d'interessi, per soddisfare al desiderio del creditore, vien pagato prima della scadenza, nel qual caso il debitore può fare una deduzione che appellasi *interusurium* (19), *commodum repraesentationis* (20), disconto, il quale è da calcolarsi secondo la ragione degl' interessi (21). 3) L' adempimento non segue

(13) Dion. Hal. VI. 29.; Liv. II. 24. VI. 35. VII. 27.; Dio Cassii Excerpta Vaticana n. 42. ed. Sturz. Confr. gli scritti storici di *Niebuhr* parte 2. Bonn 1843. p. 265. seg.

(14) L. 2. L. 4. D. *de prec. imper. offer.* (1. 19.) L. 5. L. 8. C. Th. *de divers. rescr.* (1. 2.)

(15) L. 1. § 1. D. *de jure immun.* (50. 6.) L. 3. § 1. D. *de censib.* (50. 15.)

(16) L. 4. 6. 7. D. *de cess. bon.* (42. 3.) L. 3. C. *de bon. auct. jud. poss.* (7. 72.) V. § 188.

(17) Caj. IV. 123. § 33. J. *de action.* (4. 6.)

(18) L. 1. C. *de plus petit.* (3. 10.) § 10. J. *de except.* (4. 13.)

(19) L. 9. § 8. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 82. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 66. pr. D. *ad leg. Falcid.* (35. 2.)

(20) L. 24. § 2. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 1 § 10. D. *ad. leg. Falcid.* (35. 2.) L. 10. § 12. L. 17. § 2. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.)

(21) Ciò in vero non è espressamente detto in niun luogo, neppure nella L. 3. § 2. L. 88. § 2. D. *ad leg. Falc.* (35. 1.) Nov. 131. c. 12., ma si deduce dalla denominazione *interusurium* messa in relazione con la circostanza che altrimenti mancherebbe una misura stabile della valutazione. Nondimeno sull' applicazione di questa misura ci ha

al tempo debito. Questa è una delle più frequenti e più importanti violazioni del rapporto di obbligazione e però richiede che se ne faccia una spiegazione particolare (22).

B. Della mora in particolare. (*)

§. 229. Se è da imputare a colpa di una parte, o almeno se da essa è proceduto che l'obbligazione non sia stata adempita a tempo debito, ciò viene indicato come un suo indugio o mora (1). Ed una siffatta mora può incontrarsi non solo da parte del debitore come *mora solvendi*, ma eziandio da parte del creditore come *mora accipiendi* (2). In ambidue i casi vi sono annessi parecchi danni pel moroso, i quali possono anche accrescersi mediante il contratto con pene convenzionali (3). 1) Il debitore è esposto ai seguenti danni che colpiscono anche i suoi eredi (4), i suoi fidejussori (5), e coloro che per qualsivoglia ragione son risponsabili per lui (6). A. Se l'obbligazione è di buona fede, egli

tre teorie: 1) quella di *B. Carpzov* Decis. P. III. n. 275. si debbono dedurre gl'interessi che il capitale dovuto può produrre fino alla scadenza; 2) quella di *G. A. Hoffmann* in *Polack* Mathes. forens. p. 129. seg.: si deve pagare quella somma che coi semplici interessi, i quali essa può produrre fino alla scadenza aggiunti al capitale dovuto; e 3) quella di *G. G. Leibnitz* in Act. erudit. 1683. p. 425. seg.: si deve pagare quella somma che unitamente agl'interessi, ed agli interessi d'interessi da ritrarsi fino alla scadenza corrisponde alla somma dovuta. La teorica di Hoffmann come la sola giusta vien sostenuta da *Schrader* Tratt. civ. n. 2., e da *Zachariä* sul modo legittimo di computar l'*interusurium* Greifswald 1831. 8.; ma la cosa dipende dalle circostanze nelle quali si deve computare l'*interusurium*.

(22) V. § 223.

(*) *L. O. Madai* la dottrina della mora. Halle 1837. 8.; *C. W. Wolff* Sulla dottrina della mora Gottingen 1841. 8.

(1) L. 17. § 4. D. *de usur.* (22. 1.) L. 5. C. *de pact. int. empt. et vend.* (4. 54.). Talvolta ma di rado trovasi anche *mora* in un senso objettivo, in generale come indugio e dilazione p. es. nella L. 51. D. *de pecul.* (15. 1.) « *mora temporis quod datur judicatis* L. 9. § 1. *de usur.* (22. 1.) L. 13. L. 26. § 4. D. *de fideic. lib.* (40. 5.) » *mora fortuita* » L. 26. C. *de rei vind.* (3. 32.) L. 10. C. *de praescr.* l. t. (7. 33.)

(2) L. 37. D. *mandati* (17. 1.) L. 9. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 105. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 72. pr. D. *de solut.* (46. 3.)

(3) L. 40. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(4) L. 27. D. *de usur.* (22. 1.) L. 91. § 4. D. *de V. O.* (45. 1.).

(5) L. 88. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 24. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 88. L. 91. § 4. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 58. § 1. D. *de fidejus.* (46. 1.)

(6) L. 32. § 3. D. *de usur.* (22. 1.) L. 49. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 11.—13. D. *ad munic.* (50. 1.)

deve risarcire tutti i danni che il creditore ha sofferti per la mora (7), ma per questo oggetto non ha luogo alcuna azione separata dall'azione che nasce dall' obbligazione principale (8). Trattandosi di cose fungibili il creditore non è neppure tenuto a dimostrare il danno effettivo, ma piuttosto gli competono senza condizione alcuna gl' interessi moratorii, *usurae morae*; ma dall'altro lato non può chiedere un risarcimento maggiore degl' interessi che corrono nel paese, *usurae ex more regionis* (9). Ciò non vale per le *obligationes stricti juris* (10), sebbene anche qui dal momento della contestazione della lite nasca una somigliante obbligazione (11), ed è anche una speciale limitazione che sulle pene o prestazioni accessorie, salvo per la *hereditatis petitio*; anche ne' giudizi di buona fede non si possono richiedere interessi moratorii neppure dalla contestazione della lite in poi (12). B. Nelle obbligazioni di fare il creditore in luogo della prestazione ritardata può domandare il risarcimento del danno (13), ed allora anche ne' giudizi di stretto dritto può mettere a computo tutto l' interesse che egli avea che la prestazione fosse a tempo debito eseguita (14). C. Sè una convenzione bilaterale a cagione della mora di una parte ha perduto la sua utilità per l' altra, questa può ritirarsi indietro dal contratto (15), e nella società per qualunque indugio ciò è senza alcuna restrizione permesso (16). D. La mora fa sì che il debitore sia sempre responsabile per la colpa lieve, anche allorchè egli non sarebbe altramente tenuto che della grave (17), ed E. anzi sopporta il rischio del

(7) L. 17. § 1. D. *de R. V.* (6. 1.) L. 21. § 3. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 3. pr. L. 38. pr. § 1. 14. 15. D. *de usuris* (22. 1.) L. 113. § 1. L. 114. L. 135. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 4. L. 10. C. *de act. empti* (4. 49.)

(8) L. 129. § 1. L. 178. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 26. pr. C. *de usuris* (4. 32.) L. 4. C. *depos.* (4. 34.)

(9) L. 1. pr. L. 32. § 2. L. 34. D. *de usur.* (22. 1.) L. 19. D. *de peric.* (18. 6.) L. 6. § 12. L. 7. D. *de negot. gest.* (3. 5.)

(10) L. 22. D. *de donat.* (39. 5.)

(11) L. 2. L. 3. § 1. L. 35. D. *de usuris* (22. 1.) Confr. § 76. n. 6.

(12) L. 15. D. *de usuris* (22. 1.) L. 9. D. *de magistr. conven.* (27. 8.) Confr. con L. 51. § 1. D. *de hered. pet.* (5. 3.)

(13) V. supra § 220. n. II.

(14) L. 11. D. *de re jud.* (42. 1.)

(15) L. 137. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 6. C. *de pact. inter empt. et vend.* (4. 54.) L. 13. § 10. L. 30. pr. L. 35. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 3. C. *eod.* (4. 65.). Non si oppone la L. 12. C. *de contr. empt.* (4. 38.).

(16) L. 14. L. 15. D. *pro socio* (17. 2.)

(17) L. 17. D. *de peric.* (18. 6.) L. 14. § 11. D. *de furtis* (47. 2.) L. 37. D. *mandati* (17. 1.)

casus (18) in quanto egli non possa dimostrare, che anche se la prestazione fosse seguita a tempo debito, il caso avrebbe parimente colpito il creditore (19). F. Inoltre nella valutazione del danno avvenuto per colpa o per caso si deve aver riguardo al maggior valore che la cosa ha avuto in qualunque tempo durante la mora (20). 2) Per contrario la mora del creditore produce i seguenti effetti: A. Il debitore non è risponsabile che pel dolo e per la colpa grave (21), e se deve prestare il valore della cosa non è tenuto che al più basso prezzo della medesima (22). B. Allorchè il creditore per convenzione o per qualsivoglia altra ragione non porta il rischio del caso, questo rischio nondimeno per la sua mora va a suo carico (23); il che si applica anche quando in una *obligatio quantitatis* il debitore durante la mora ha perduto per un accidente la cosa che avea destinata all' adempimento dell'obbligazione (24). C. Il dritto ad una pena convenzionale pel non-adempimento o pel ritardato adempimento di un' obbligazione, come pure il dritto al godimento del pegno nell' anticresi va perduto (25). D. Il creditore moroso, il quale dal suo canto debba qualche cosa, non può contro l' altra parte invocare il suo credito, il quale per questo riguardo si ha come soddisfatto, e questa massima è soprattutto importante nelle obbligazioni bilaterali (26). E. Se alcuno ha da consegnare de'liquori, e non trova modo da disfarsene, può versarli in quanto abbia bisogno de' recipienti (27). F. Trattandosi di altre cose per verità non è permesso di gettarle via; ma nondimeno il debitore nel luogo

(18) L. 5. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 20. § 1. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 5. § 4. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) L. 23. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 47. § 6. L. 108. § 11. D. *de legat.* I. (30.) L. 23. L. 24. L. 82. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 4. L. 6. C. *de peric.* (4. 48.)

(19) L. 14. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L. 47. § 6. D. *de legat.* I. (30.) L. 14. § 11. D. *quod metus causa* (4. 2.)

(20) L. 8. § 1. L. 13. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 3. L. 4. D. *de cond. tritic.* (13. 3.) L. 37. D. *mand.* (17. 1.) L. 3. § 3. D. *de act. empti* (19. 1.)

(21) L. 5. L. 17. D. *de peric.* (18. 6.) L. 9. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 72. pr. D. *de solut.* (46. 3.)

(22) L. 3. § 4. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 37. D. *mand.* (17. 1.)

(23) L. 5. D. *de peric.* (18. 6.) L. 36. D. *locati* (19. 2.) L. 105. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 9. in fine D. *de solut.* (46. 3.)

(24) L. 30. L. 72. pr. D. *de solut.* (46. 3.) L. 73. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.)

(25) L. 113. pr. L. 122. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 6. D. *de naut. foen.* (22. 2.) L. 23. § 1. 3. D. *de recept.* (4. 8.) L. 11. C. *de usuris* (4. 32.)

(26) L. 9. L. 72. pr. D. *de solut.* (46. 3.) L. 39. D. *de R. J.* (50. 17.) Nov. 91. c. 2. Confr. L. 9. § 5. L. 10. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(27) L. 1. § 3. 4. L. 2. pr. D. *de peric.* (18. 6.)

ove dovrebbe consegnarle può giudizialmente depositarle dopo averle suggellate, e per tal modo si libera dalla sua obbligazione (28). Pare che questo espediente fosse introdotto nell' editto del pretore (29), e da prima riguardasse soltanto il danaro, ma secondo il dritto più recente fu ammesso anche per le altre cose mobili (30). Del rimanente finchè il creditore non è venuto a prendersi le cose depositate, il debitore può ripigliarsele e far rivivere per tal modo il suo debito (31). Anticamente è probabile che per la mora del creditore cessasse anche il corso degl'interessi (32), e che il creditore moroso perdesse il dritto di vendere il pegno (33); ma secondo i principî più recenti gl'interessi continuano a correre fino al deposito, eccetto solamente gl' interessi moratorii (34), e del pari solo mediante il deposito dell'ammontare del debito si estingue il dritto di vendere il pegno (35). Ma affinchè abbiano luogo i prefati effetti 1) nella *mora solvendi*, oltre alla scadenza del debito è necessario che concorrano le seguenti condizioni: A. debb' essere stato in potere del debitore di adempiere la sua obbligazione, cosicchè si possa dire che da lui sia proceduto, *per eum stetit* che l' obbligazione non fu adempiuta (36); il perchè non si ammette alcuna mora allorchè la prestazione a tempo debito sia stata impedita da circostanze non imputabili al debitore (37). B. L' indugio debbe aver origine dal dolo o dalla colpa del debitore (38), e però non si ha mora

(28) L. 7. L. 28. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 6. L. 9. L. 19. C. *de usur.* (4. 32. L. 1. C. *qui potior.* (8. 18) L. 8. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 9. C. *de solut.* (8. 43.). Il deposito senza una precedente *mora accipiendi* non produce naturalmente niun effetto L. 9. C. *de usur.* (4. 32.)

(29) Cic. *ad famil.* (13. 56.)

(30) Nov. 91. c. 2.

(31) L. 19. C. *de usur.* (4. 32.) L. 2. C. *de distr. pign.* (8. 28.)

(32) L. 28. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.). Non si oppone Cic. l. c.

(33) L. 8. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 6. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(34) L. 1. § 3. L. 7. D. *de usur.* (22. 1.) L. 28. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.) Conf. L. 4. C. *de usur. pupill.* (5. 56.)

(35) L. 8. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 2. C. *debit. vend. pign.* (8. 29.) L. 3. C. *de luit. pign.* (8. 31.) L. 10. L. 12. C. *de pign. act.* (4. 24.)

(36) L. 5. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 23. L. 114. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 21. § 3. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 37. D. *mandati* (17. 1.)

(37) L. 17. § 3. L. 21. L. 22. L. 23. pr. D. *de usur.* (22. 1.). L. 23. § 1. D. *de recept.* (4. 8.) L. 3. § 4. L. 51. pr. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 137. § 4. D. *de V. O.* (45. 1.)

(38) L. 5. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 91. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 5. C. *de pact. inter. empt. et vend.* (4. 54.) L. 17. § 4. D. *de usur.* (22. 1.). Nelle obbligazioni, in cui il debitore non risponde che del *dolus* e della *culpa lata*, come nel *deposi-*

allorchè il credito non si può richiedere con un' azione, imperocchè quì il debitore non è tenuto a prestare (39), o allorchè il debito è stato litigioso, in quanto non possa dimostrarsi che il debitore lo abbia maliziosamente impugnato (40). C. Da ultimo è mestieri che il creditore abbia notificato con un avvertimento, *interpellatio*, al debitore o al suo rappresentante che egli non voglia aspettare, e quindi bisogna che sia stato diligente in richiedere la soddisfazione, al chè si riferisce la massima: *mora fit ex persona* (41). Questo avvertimento per verità non è legato ad alcuna forma particolare (42), ma non è valido se non quando è diretto ad una persona capace di volontà (43), in circostanze che permettano che vi si abbia riguardo, *opportuno loco* (44), e non prima della scadenza (45). Giustiniano ha eziandio dichiarata priva di effetto l' interpellazione allorchè prima che sien decorsi nove giorni si è fatta a' fidejussori o a' parenti di un debitore morto (46). Per eccezione intanto s' incorre nella mora anche senza interpellazione, per la sola scadenza, *mora ex re* (47); a) allorchè il debitore non si trova e quindi non ha potuto essere avvertito (48), b) allorchè il creditore è minore, ma solo per rapporto agl' interessi del debito, la qual cosa da prima Settimio Severo avea introdotta solamente pei legati fatti a'minori, ma venne dipoi estesa dalla pratica Romana a tutti i crediti (49), c) per le obbligazioni di restituire de' ladri, rapitori, o violenti possessori (50), d) pel legato della libertà

tum, pare che anche il *dolus* o la *culpa lata* si richiegga alla stessa L. 1. § 22. L. 12. pr. D. *depos*. (16. 3.)

(39) L. 40. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 88. D. *de R. J.* (50. 17.)

(40) L. 21. L. 22. L. 24. pr. L. 47. D. *de usur.* (22. 1.) L. 12. pr. D. *depos.* (16. 3.) L. 3. § 5. D. *quod vi aut clam* (43. 24.) L. 82. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 63. D. *de R. J.* (50. 17.)

(41) L. 32. pr. L. 24. § 2. D. *de usur.* (22. 1.) L. 22. L. 24. D. *de V. O.* (45. 1.) Paul. S. R. III. 8. § 4.

(42) L. 5. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 32. pr. § 1. D. *de usur.* (22. 1.)

(43) L. 24. D. *de V. O.* (45. 1.)

(44) L. 32. pr. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 20. § 11. D. *de hered. pet.* (5. 3.)

(45) L. 49. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.)

(46) Nov. 115. c. 5. § 1.

(47) L. 23. § 1. L. 32. pr. D. *de usur.* (22. 1.). Ma qui cessa soltanto il requisito della interpellazione e non già quello della *culpa* L. 13. L. 26. § 4. D. *de fideic. lib.* (40. 5.). *Madai* p. 24.

(48) L. 23. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 2. D. *de naut. foen.* (22. 2.)

(49) L. 26. § 1. D. *de fideic. lib.* (40. 5.) L. 87. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 3. C. *in quib. caus. in integr. rest.* (2. 41.). Questo caso strettamente parlando non appartiene quì, ma sibbene alle cause, sulle quali son fondati gl'interessi legali.

(50) L. 8. § 1. L. 20. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 30. § 1. D. *de jurejur.* (12.

almeno a vantaggio de' figliuoli dello schiavo liberato (51), a) poi legati fatti alle Chiese ed agli Stabilimenti pii (52). A ciò (5?) si può anche aggiungere che gli effetti convenzionali della mora secondo Giustiniano debbono aver luogo pel solo decorrimento del tempo, senza bisogno d' interpellazione (53), il che prima era controverso, sebbene la maggior parte de' giureconsulti tenesse per l'opinione che fu approvata da Giustiniano (54). Per contrario la regola da molti stabilita: *dies interpellat pro homine*, secondo la quale, allorchè è determinato il *dies solutionis* non v' è mestieri di alcuna interpellazione, non è fondata (55), salvo quando o una disposizione di legge, o disposizioni private abbiano espressamente imposto l'obbligo al debitore di pagare alla scadenza anche senza alcuna richiesta (56), o quando il debitore medesimo come amministratore del patrimonio del creditore abbia dovuto per conto di costui ricever la prestazione (57). 2) Più semplici sono i requisiti della *mora accipiendi*, la quale non presuppone neppure la colpa del creditore, ma soltanto che l' impedimento di adempiere sia venuto da parte di lui (58). E però A. allorchè il creditore medesimo abbia da intraprendere qualche cosa a fine che l'obbligazione si esegua, è già sufficiente che egli si rimanga dal fare,

2.) L. 1. § 35. L. 15. L. 19. D. *de vi* (43. 16.) L. 7. C. *de cond. ob turp. caus.* (4. 7.)

(51) L. 6. D. *de minor.* (4. 4.) L. 3. § 2. D. *de adim. legat.* (34. 4.) L. 26. § 1. L. 53. pr. D. *de fideic. lib.* (40. 5.) Confr. L. 30. § 16. L. 51. § 9. D. *eod.* L. 15. C. *eod.* (7. 4.)

(52) L. 46. § 1. C. *de episc.* (1. 3.) Nov. 131. c. 12.

(53) L. 12. C. *de contr. et comm. stip.* (8. 38.)

(54) L. 40. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 4. § 4. D. *de lege commiss.* (18. 3.) L. 47. D. *de act. empt.* (19. 1.) L. 9. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 9. D. *de naut. foen.* (22. 2.) L. 23. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 77. D. *de V. O.* (45. 1.)

(55) L. 17. § 4. D. *de usur.* (22. 1.) L. 49. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.) Fragm. Vat. § 95. 97. 112. L. un. C. Th. *de usur. rei jud.* (4. 19.) L. 1. § 2. D. *de usur.* (22. 1.). Non si oppongono le L. 5. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 38. L. 114. L. 135. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 10. C. *de act. empt.* (4. 49.). Di altra opinione sono *Thibaut* nell' Arch. per la prat. civ. vol. VI. n. 2. vol. XVI. n. 7.; H. *Ratjen* de mora Kil. 1824. 4.; *Madai* l. c. § 23-24. Veggasi per contrario *Schroeter* nel Giornale pel dritto e per la procedura civile vol. IV. n. 5. vol. VIII. n. 2.; *Wolff* l. c. § 37.

(56) L. 2. C. *de jure emphyt.* (4. 66.) L. 53. pr. D. *de fideic. lib.* (40. 5.)

(57) L. 36. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(58) L. 3. § 4. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 18. pr. D. *de pecun. const.* (13. 5.). Non si oppongono le L. 37. D. *mand.* (17. 1.) L. 72. pr. D. *de solut.* (46. 3.). Di altra opinione è *Madai* § 36.

qualunque ne sia la ragione (59), anche quando il debitore sia presente rimasto inoperoso (60). In altro caso è regola in vero che il creditore debba aver ricusato senza una legittima ragione la prestazione offertagli (61), ma medesimamente si ha come equivalente al rifiuto il non trovarsi il creditore, quando il debitore abbia manifestato al giudice la sua intenzione di voler adempiere alla sua obbligazione (62), e si ritiene anche come mora compiendo quando il creditore di un debito in parte controverso non vuol ricevere la sola parte sulla quale non cade controversia (63). Con la estinzione dell' obbligazione cessano le conseguenze di ogni mora per l' avvenire, anche nel caso della novazione (64), ed il medesimo effetto si verifica per la mora posteriore dell' altra parte, il che avviene allorchè il debitore moroso si mostra di poi pronto alla prestazione, ed il creditore senza una ragione legittima non vuole accettarla (65), o viceversa il creditore moroso si dichiara pronto ad accettare, ed il debitore non adempie (66). Il corso degl' interessi moratorii viene anche arrestato dalla condanna del debitore, ma trascorso il termine per la esecuzione *tempus judicati*, se in questo termine non si è pagato, cominciano a correre interessi più alti, *usurae rei judicatae* (67).

(59) L. 39. D. *de solut.* (46. 3.) L. 36. D. *locati* (19. 2.) L. 4. pr. L. 5. D. *de peric.* (18. 6.) L. 8. D. *de optione leg.* (33. 5.) L. 18. pr. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 9. D. *de act. empti* (19. 1.)

(60) L. 17. D. *de peric.* (18. 6.) L. 51. pr. D. *de act. empti* (19. 1.)

(61) L. 72. pr. § 2. L. 39. D. *de solut.* (46. 1.) L. 73. § 2. L. 105. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 13. § 8. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 17. D. *de peric.* (18. 6.) L. 9. § 5. L. 10. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 17. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 8. pr. L. 17. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 23. § 9. D. *de recept.* (4. 8.) L. 97. § 1. D. *de statu lib.* (40. 7.) L. 6. L. 9. L. 19. C. *de usur.* (4. 32.) L. 9. C. *de solut.* (8. 43.). Per le cose fungibili io ritengo poi necessaria una offerta reale secondo la L. 9. § 5. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 72. pr. D. *de solut.* (46. 3.) L. 6. L. 19. C. *de usur.* (4. 32.), ma non già per le altre cose mobili, per cagione della L. 17. D. *de cond. furt.* (13. 1.)

(62) L. 4. § 4. D. *de lege commiss.* (18. 3.) L. 6. C. *de usur.* (4. 32.)

(63) L. 21. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(64) L. 8. pr. D. *de novat.* (46. 2.) L. 29. § 4. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 17. D. *de cond. furt.* (13. 1.)

(65) L. 17. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 8. pr. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 17. D. *de peric.* (18. 6.) L. 73. § 2. L. 91. § 3. L. 105. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.)

(66) L. 24. D. *de recept.* (4. 8.) L. 17. D. *de peric.* (18. 6.) L. 91. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.)

(67) L. 13. C. *de usur.* (4. 32.) L. 1-3. C. *de usur. rei jud.* (7. 54.) L. un. C. Th. *eod.* (4. 19.)

4) *Per rapporto al luogo.*

§ 225. Nell'adempimento delle obbligazioni la considerazione del luogo è importante in tre rapporti.

1.° Da prima si domanda dove si deve intentar l'azione per l'adempimento. Per questo riguardo vale anche qui la regola generale, che ciascuno debb'esser convenuto nel suo domicilio (1). Ma col domicilio concorre 1) il luogo dove l'obbligazione è sorta e quindi dove la convenzione si è conchiusa (2), dove si è fatto l'affare, o tenuta l'amministrazione per la quale il debitore è risponsabile (3), dove il delitto si è commesso (4), ed in generale dove ha avuto luogo l'avvenimento che ha generato l'obbligazione (5), presupposto però nelle convenzioni, che queste non sieno conchiuse semplicemente per caso nel corso d'un viaggio, ma che invece il contraente da convenirsi per l'adempimento delle medesime siasi per certo tempo fermato ed abbia fatti degli affari nel luogo del contratto (6); 2) il luogo ove si è stabilito che si debba intentar l'azione (7), o fare la prestazione (8); 3) e per eccezione anche il luogo ove appunto ritrovasi il debitore (9).

2.° Quando si può intentar l'azione in più luoghi, allora diviene importante il luogo dove effettivamente si è agito, perchè secondo questo si regolano in parte le prestazioni del convenuto (10).

3.° Ma principalmente si prende in considerazione il luogo nel quale

(1) L. 19. § 4. L. 50. § 2. L. 65. D. *de judic.* (5. 1.) L. 1. L. 2. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.)

(2) L. 2. § 4. L. 19. § 2. 3. L. 45. D. *de judic.* (5. 1.) L. 6. D. *de evict.* (21. 2.) L. 3. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.) Nov. 69. c. 1.

(3) L. 19. § 1. L. 20. L. 36. § 1. D. *de judic.* (5. 1.) L. 54. § 1. D. *de procur.* (3. 3.) L. 1. L. 2. C. *ubi de ratiocin.* (3. 21.)

(4) L. 43. D. *de nox act.* (9. 4.) L. 1. C. *ubi de crim.* (3. 15.) L. un. C. *ubi de poss.* (3. 16.) L. 1. C. *ubi senatores* (3. 24.) Nov. 69 c. 1.

(5) L. 19. § 1. L. 20. L. 36. § 1. D. *de judic.* (5. 1.) L. 108. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. un. C. *ubi de fideic.* (13. 7.)

(6) L. 19. § 2. D. *de judic.* (5. 1.) L. un. C. *de nund.* (4. 60.)

(7) L. 1. L. 2. pr. § 1. L. 19. § 2. D. *de judic.* (5. 1.) Cato *de re rust.* c. 149.

(8) L. 19. § 4. L. 54. D. *de judic.* (5. 1.) L. 1. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 3. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 5. § 1. L. 16. § 1. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 21. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(9) L. 16. § 1. D. *de pecun. const.* (13. 5.). V. la nota 31.

(10) L. 4. D. *de cond. tritic.* (13. 3.) L. 22. D. *de reb. cred.* (12. 1.). V. § 220. Nota 10. e 11.

si deve adempire l' obbligazione, il che nondimeno si vuol intendere solo del caso che si tratti di mobili o di animali, imperocchè gl'immobili non possono esser consegnati che nel luogo ove son situati. Or 1) se nulla è stabilito sul luogo della prestazione, A. le cose mobili specialmente determinate si debbono consegnare e ricevere nel luogo ove si trovano (11), eccetto quando il debito è fondato su di un legato, giacchè allora le cose legate debbono esser rilasciate nel domicilio del testatore (12), o quando il creditore vuol sopportare le spese del trasporto nel luogo dove si è intentata l'azione (13), o quando il debitore maliziosamente le ha trasportate in qualche luogo, nel qual caso egli dee a sue spese presentarle nel luogo dell'azione (14). B. Per contrario le cose fungibili o altre cose determinate soltanto in quanto alla specie si debbono dare nel luogo dell' azione (15), purchè non si tratti di una determinata sorta di cose che si trovi particolarmente in qualche luogo, nel qual caso il debitore non è tenuto a dare la cosa che nel luogo ove quella sorta si trova (16), ovvero non si tratti di un debito per ragione di mutuo, nel qual caso il creditore può chiedere il pagamento anche nel luogo dove il mutuo fu contratto (17). C. Finalmente le obbligazioni di fare si debbono eseguire nel luogo ove i servigi dovuti, secondo il loro scopo possono tornare utili (18); che se le azioni promesse fosser tali, che senza una determinazione di luogo non sarebbero capaci di alcuna stima del loro valore, l' obbligazione sarebbe interamente nulla (19). 2) Ma il luogo della prestazione può anche esser determinato per convenzione o per disposizione testamentaria (20), ed allora s' intende da sè in generale che la prestazione non può esser richiesta, nè vi è obbligo di accettarla in altro luogo (21). Se si sono

(11) L. 38. D. *de judic.* (5. 1.) L. 12. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L. 47. pr. D. *de legat.* I. (30.)

(12) L. 108. pr. D. *eod.* Confr. L. un. C. *ubi fideicommissum* (3. 15.)

(13) L. 12. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L. 11. § 1. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(14) L. 38. D. *de judic.* (5. 1.) L. 11. § 1. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 47. pr. D. *de legat.* I. (30.)

(15) L. 38. D. *de judic.* (5. 1.) L. 22. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 47. § 1. D. *de legat.* I. (30.)

(16) L. 38. D. cit. L. 47. § 1. D. cit.

(17) L. 45. § 1. D. *de judic.* (5. 1.)

(18) L. 21. D. *de op. lib.* (38. 1.)

(19) L. 2. § 5. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 115. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

(20) L. 4. D. *de cond. tritic.* (13. 3.) L. 2. § 1. L. 5. L. 7. pr. § 1. L. 9. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 47. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 122. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

(21) § 33. J. *de act.* (4. 6.) L. 51. D. *de judic.* (5. 1.) L. 1. L. 2. § 7. L. 9. D.

indicati più luoghi copulativamente, la prestazione si deve dividere (22); per contrario se si sono stabiliti elettivamente, appartiene al debitore la scelta fino a che egli non si lascia convenire in giudizio, nel qual caso la scelta passa nel creditore (23), purchè l'obbligazione non sia nel tempo stesso alternativa in modo che si debba dare in un luogo una cosa, o in un altro luogo un'altra, giacchè il creditore allora deve per cagione dell'oggetto riserbare la scelta al debitore (24). Pel caso poi che non si faccia la prestazione nel luogo determinato è da distinguere: A. Il debitore è moroso ed in generale non ha fatta la prestazione. a) Nelle obbligazioni di buona fede si possono in tal caso intentare le azioni da esse risultanti per ottenere la prestazione nel debito luogo, ed il risarcimento per la mora (25). b) Nelle obbligazioni di stretto dritto l'azione che ne risulta tende sibbene ad ottener la prestazione nel luogo stabilito, in quanto sia stato stabilito nella stessa formazione dell'obbligazione (26), ma siccome le azioni di stretto dritto non si estendono alla indennità per la mora (27), e neppure alla prestazione nel debito luogo, allorchè questo non è stato determinato che mediante un *pactum adjectum* (28), così l'editto del Pretore ha introdotto per tal caso un' azione arbitraria *de eo quod certo loco* (29), la quale in due rapporti è più utile al creditore che le azioni di buona fede. Imperocchè in essa il risarcimento del danno a cagione della mora non è ristretto agl' interessi moratorii, ma abbraccia tutto quanto l' *interesse* del creditore (30), ed il creditore in qualunque luogo trova il debitore può intentar l'azione per costringerlo a far quivi la prestazione (31). Ma quando ciò avviene ed il luogo dell'azione in confronto del luogo ove dovrebbe eseguirsi la prestazione è svantaggioso al debitore, il giudice nel suo *arbitrium* dee valutar più ristret-

de eo quod certo loco (13. 4.) L. 122. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 39. D. *de solut.* (46. 1.)

(22) L. 2. § 5. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.)

(23) L. 2. § 4. D. *eod.*

(24) L. 2. § 3. D. *eod.*

(25) L. 7. pr. D. *eod.* L. 5. pr. D. *commod.* (13. 6.)

(26) L. 1. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 122. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 47. pr. D. *de legat.* I. (30.)

(27) V. § 222. Nota 10.

(28) V. § 63. Nota 13.

(29) L. 1. L. 2. pr. § 1. L. 5. L. 6. L. 7. § 1. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.)

(30) L. 2. § 8. L. 3. L. 4. pr. L. 8. L. 10. D. *eod.*

(31) L. 1. L. 2. pr. L. 8. D. *eod.* L. un. C. *ubi conven. qui certo loco* (3. 18.) L. 16. § 1. D. *de pecun. const.* (13. 5.)

tamente l' *interesse* del creditore (32), anzi può anche permettere al debitore di far la prestazione nel luogo originariamente stabilito, allorchè egli offre cauzione di ciò fare effettivamente, ed al creditore non importa di ricevere la prestazione precisamente nel luogo ov' egli ha introdotta l' azione (33). B. Il creditore ha accettato la prestazione in un luogo diverso da quello ove avea dritto di riceverla, ma nondimeno non si è dichiarato contento di ciò. In tal caso egli non può certamente richiedere un' altra volta la prestazione medesima, ma può bene dimandare l' *interesse* che egli avea in ciò che la prestazione gli fosse fatta nel debito luogo (34). Prescindendo dall' *actio de eo quod certo loco*, si commetteva, secondo il dritto antico, una *plus petitio* la quale portava la perdita del diritto, quando il creditore domandava la prestazione in un luogo diverso da quello che o per legge o per una special convenzione gli competeva; ma Zenone ha modificato questa regola in ciò che il creditore dee soltanto risarcire nel triplo al debitore le spese e i danni per la domanda illegale (35).

IV. ESECUZIONE DELLE OBBLIGAZIONI:

1) *In generale.*

§ 224. L' applicazione de' mezzi forzosi di esecuzione contro un debitore, secondo il dritto nuovo presuppone sempre che il medesimo sia stato condannato, o abbia confessato il debito, o per lo deferimento del giuramento abbia perduto la causa, e che il termine dell' esecuzione sia trascorso, *tempus judicati* (1), e quindi sia stata promossa dal creditore l' *actio rei judicatae*, o l' *actio confessoria* o l'*actio juris jurandi* (2), mentre secondo il dritto antico in alcune circostanze anche senza una precedente condanna poteva aver luogo un'esecuzione contro un debitore moroso (3). La più semplice esecuzione è quando si debbono consegnar delle cose che il debitore possiede, nel qual caso queste gli possono esser tolte di mano (4). In tutti gli altri

(32) L. 2. pr. § 8. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. un. C. *eod.*
(33) L. 4. § 1. D. *eod.*
(34) L. 2. § 7. D. *eod.*
(35) § 33. J. *de act.* (4. 6.)
(1) L. 1. L. 9. C. *de execut. rei jud.* (7. 53.) L. 2. L. 3. C. *de usur. rei jud.* (7. 54.) L. 58. D. *de re jud.* (42. 1.) Confr. § 77. Nota 14.
(2) V. § 77. Nota 13. e § 78. Nota 13. 25. 36. 42.
(3) Caj. IV. § 22-25. 27. 28.
(4) L. 68. D. *de rei vind.* (6. 1.)

casi sono possibili solo de' mezzi indiretti di costringimento per determinare il debitore all' adempimento della sua obbligazione, o per ottenere ciò che si richiede per la soddisfazione del creditore, e siffatti mezzi di costringimento sono: 1) la *manus injectio* il più antico, ed originariamente il solo mezzo di costringimento di questa specie, il quale anche quando non si ebbe più il diritto di uccidere o di vendere come schiavo il debitore, tuttavia si ammise in tutti i debiti nello scopo di costituire un arresto personale per debiti (5), finchè il debitore non avesse ceduto il suo patrimonio a' creditori (6), con la semplice eccezione introdotta la prima volta da Costantino che niuno possa esser menato in prigione pel pagamento delle pubbliche imposte (7). 2) La *pignoris capio*, la quale veramente non ha più luogo nella sua forma più antica come *legis actio per pignoris capionem* eseguita dal medesimo creditore (8), ma sibbene nella forma introdotta da Antonino Pio come un pegnoramento giudiziale nel fine di eseguire la sentenza, *pignus in causa judicati captum* (9), e questo è appunto il mezzo di esecuzione più comunemente adoperato e che è di competenza di ogni giudice, anche de' semplici magistrati municipali (10). 3) La *mulctae dictio* (11), il qual mezzo di costringimento è principalmente appropriato a vincere nelle obbligazioni di fare l' ostinazione o la negligenza del debitore, ma s' incontra anche in diverse applicazioni per costringere all' adempimento delle obbligazioni (12); nondimeno non pare che

(5) V. § 120. Nota 22.

(6) V. § 220.

(7) L. 2. C. *de exactor. trib.* (10. 19.) L. 3. C. Th. *de exaction.* (11. 7.) Confr. L. 2. C. Th. *de cohortal.* (8. 4.). La disposizione di Costantino è ripetuta dai suoi figliuoli nella L. 7. C. Th. *de exact.* (11. 7.). Nondimeno pare che questi nella L. 3. C. *de exactor.* (10. 19.) ammettano una eccezione quando il debitore delle imposte abbia nel tempo stesso altri debiti verso persone private, col che veramente diviene illusoria tutta la disposizione.

(8) V. § 199. Della *pignoris capio* di lamquidam infectum ch' era tuttora ammessa al tempo di Cajo, Cajus IV. 31., nel dritto di Giustiniano non si fa più menzione, sebbene la L. 23. D. *de pecul.* (15. 1.) alluda tuttavia a questa.

(9) V. § 198. e 199.

(10) L. 31. D. *de re judic.* (42. 1.) L. 29. § 7. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 3. § 1. D. *de reb. eor.* (27. 9.). Quando nella L. 50. D. *de evict.* l' oppignorazione appellasi un procedimento *extra ordinem* ciò vuol dir soltanto ch' essa non appartiene agli antichi mezzi di esecuzione.

(11) L. 131. L. 244. D. *de V. S.* (50. 16.). Secondo Festo *v. Mulcta mulcta* dev' essere stato l' antico nome osco adoperato a significar pena.

(12) L. 2. § 1. D. *si quis in jus voc. non ierit.* (2. 5.) L. 82. § 12. D. *de recep.* (4. 8.) L. 2. § 8. D. *de judic.* (5. 1.) L. 9. § 6. D. *ad leg. Jul. peculi.* (48. 13.) Confr.

fosse adoperato per l'esecuzione delle sentenze (12). 4) La missio in *possessionem rei servandae causa*, ma questa non s' incontra solamente contro i debitori condannati, e per tal ragione ha mestieri di una più speciale dichiarazione (14).

2) *Nel caso del concorso.*

A. Bonorum possessio auctoritate judicis (*).

§ 225. In più casi ha luogo un particolare procedimento per impiegare indipendentemente dal debitore tutto quanto il suo patrimonio, a soddisfare i suoi creditori, il che ora si suole addimandare *concorso*. Questo può avvenire con la volontà del debitore (1), ma anche senza il consenso del medesimo; per siffatta operazione le espressioni tecniche sono: *bona possidentur auctoritate* (2), e *missio creditorum in possessionem rei servandae causa* (3), perchè questo procedimento comincia col dare ai creditori l' immissione nel possesso de' beni del debitore. Come ogni altra immissione nel possesso de' beni del debitore anche questa trae origine dall' editto del Pretore (4), e si ritiene come il verisimile autore di questo procedimento il pretore P. Rutilio Rufo (5), la cui pretura ricade all' anno di R. 640 (6). Nondimeno s' incontra qualche cosa di simigliante anche nel dritto civile antico, come un editto non dubbioso del Console P. Servilio dell' anno di R. 259 ci mostra, il quale editto promise ai malcontenti plebei un *moratorium* durante la guerra, e con ciò presuppone un dritto de' creditori di mettersi in possesso de' beni de'

anche L. 14. § 2. D. *de relig.* (11. 7.) L. 1. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 9. D. *de muner.* (50. 4.) Gell. XIV. 7.

(13) Non si oppone la L. 13. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.)

(14) V. § 225.

(*) *Stieber* de bonorum emptione. Lipsia 1827. 8.; *Bethmann Hollweg* Manuale della procedura civile § 26. seg.

(1) V. § 226.

(2) Tit. D. *de rebus auctor. jud. poss.* (42. 5.) tit. C. *de bonis auct. jud. poss.* (7. 72.)

(3) L. 1. D. *quib. ex caus. in poss. eatur.* (42. 4.)

(4) Lex Julia municipalis (Tab. Heracleensis) sect. VIII.; Cic. pro Quintio c. 6. 8. 15. 19. 25. 27.; L. 2. L. 6. L. 7. § 1. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.) L. 9. pr. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) Theophilus III. 12. pr.

(5) Caj. IV. 35.

(6) Egli fu Console l' anno di R. 649., e per conseguenza dovè essere Pretore alcuni anni prima. Questi è quel Rutilio che Cicerone ne' suoi libri *de republica* fa prender

debitori, e di venderli (7). Da una parte ciò si spiega anche facilmente. Siccome il patrimonio di colui che diveniva schiavo sempre lo seguiva (8), e siccome la *addictio* del debitore nella *manus injectio* dava il dritto al creditore di venderlo come schiavo (9), così tanto meno dee far maraviglia che il creditore di un *addictus* si potesse appropriare anche il patrimonio di lui (10), e che i creditori generalmente non trascurassero di far uso di questo dritto per soddisfarsi, almeno per quanto fosse possibile, dal patrimonio del debitore, la qual cosa essi avean maggior ragione di fare, se è vero che un *addictus* non poteva mai effettivamente esser venduto o ucciso (11). Per conseguenza l'*addictio* comprendeva nel tempo stesso mediatamente una *missio in bona debitoris*, non però semplicemente nel senso più recente, ma sibbene col dritto di proprietà. Ma è molto verisimile che il debitore con l'antico contratto *per aes et libram* siccome potea promettere i suoi servigi (12), così potesse anche promettere anticipatamente in luogo di pagamento tutto o parte del suo patrimonio (13); col qual mezzo allora il creditore

parte al dialogo, e di cui si conoscono anche altri Editti L. 1. § 1. D. *de bon. libert.* (38. 2.) Fragm. Vat. § 1. Confr. l'edizione del *Maj* di Cic. *de republ.* Stuttg. 1822. praefat. p. XLVII.

(7) Liv. II. 24. Ce ne presenta in tal guisa il contenuto: « Ne quis civem Romanum vinctum aut clausum teneret, quo minus ei nominis edendi apud Consules potestas fieret. Ne quis militis donec in castris esset, bona possideret aut venderet liberos nepotesve ejus moraretur. « Al contrario Dion. Hal. VI. 29. con più esattezza dice: Nemini licere civium Romanorum qui ad bellum contra Volscos secum proficiscerentur, aut domos retinere, aut vendere, aut pignori capere (ἐνεχυράζειν) aut eorum familiam ullius contractus causa in nervum abducere aut etiam impedire, quo minus quilibet nomen ad militiam daret, ejusque particeps esset; et qui militiam deseruissent, contra eos creditoribus jus esse exigendi pecuniam, quibuscumque conditionibus eam ipsam mutuo dedissent. »

(8) V. § 249. Nota 9-12.

(9) V. 129. Nota 14.

(10) Ciò è presupposto anche presso Dion. Hal. V. 69. » Alii censebant iis tantum remittenda debita, qui nihil possiderent, ita ut creditoribus in ipsa tantum bona, non etiam in corpora jus abducendi esset. » Per verità si è espressa l'opinione che i creditori nei tempi antichi non avesser potuto toccare il patrimonio, e che appunto da ciò si possa spiegare il primitivo rigore contro la persona del debitore; nondimeno questa opinione manca di ogni fondamento.

(11) V. § 129. Nota 15.

(12) V. § 129. n. II.

(13) Manifestamente questa possibilità serve di fondamento alla relazione di Dion. Hal. VI. 29. Ma in ciò non si può scorgere una oppignorazione del patrimonio, imperocchè il creditore non otteneva immediatamente nè possesso nè proprietà nè *jus in re* sulle cose, ma soltanto il dritto convenzionale di potersi appropriare in caso di necessità e senza una precedente *addictio* il patrimonio del debitore.

conseguiva il dritto di appropriarsi, in caso di necessità, il patrimonio del debitore, anche senza *manus injectio* (14). Una siffatta *cessio bonorum* eventuale non si opponeva affatto al dritto di quel tempo (15), e posta l' ammissibilità della medesima, si fa manifesto il senso della nota disposizione della *lex Poetelia* « *ut pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset* » (16) che per l' avvenire cioè solo il patrimonio del debitore e non già anche la persona del medesimo si potesse validamente promettere ed obbligare per la soddisfazione del creditore. Ma per l' editto di Rutilio la pretensione de' creditori sul patrimonio de' debitori prese una forma al tutto diversa. Per esso divenne principio 1) che i creditori debbano sempre domandare dal magistrato il possesso de' beni di un debitore, 2) che essi però senza necessità di *manus injectio* o di speciali convenzioni possano per determinate cagioni ottenere l' immissione; 3) che questa immissione giovi non solamente a colui che per avventura l' abbia ottenuta il primo, ma a tutti i creditori, e 4) che il patrimonio debba per regola pubblicamente esser venduto. Le disposizioni dell' editto relative a ciò son le seguenti (17):

1.° L' immissione si deve domandare presso i Magistrati investiti dell' *Imperium* (18), ed allorchè il patrimonio è posto in più regioni, per ciascuna regione presso il magistrato, sotto la cui giurisdizione ciascuna regione si trova (19).

(14) Il divieto presso Livio l. c. « Ne quis militis donec in castris esset, bona possideret et venderet » sarebbe stato totalmente superfluo, se non vi fosse stato alcun dritto di appropriarsi il patrimonio anche senza la *manus injectio* e l'*addictio*.

(15) Noi sappiamo che nei tempi antichi anche nel prestito adoperavasi la forma della *mancipatio* o del *contractus per aes et libram* § 280. Nota 18., e che in essa generalmente tutte le promesse si riguardavano come obbligatorie; Festo p. *Nuncupata*, ma sappiamo del pari potere avvenire che un patrimonio anticipatamente si trasferisse sotto la condizione di un caso futuro, mediante la mancipazione. Caj. II. 102.

(16) Livio VIII. 28. Confr. § 129. Nota 38. L' opinione qui esposta, che si dava una *cessio bonorum* convenzionale *per aes et libram*, e che la *lex Poetelia* l' approvò, si potrebbe anche confermare per l' oscura disposizione della *lex Poetelia* presso Varrone de L. L. VIII. 5. p. 101. ed. Rip.: « et omnes qui bonam copiam jurarent ne essent nexi dissoluti; imperocchè il *bonam copiam jurare* apparteneva anche ai requisiti della posteriore *cessio bonorum* secondo la *lex Julia*; V. § 226. Nota 9.

(17) Senza dubbio la compiuta teorica non è che il prodotto di più Editti successivi; ma noi dobbiamo rinunciare a separarli, eccetto un solo, come l'*actio Pauliana*: Anche un Pretore per nome Servio pare d' avervi fatto qualche aggiunta Caj. IV. 35.

(18) Lex de Gall. Cisalp. c. 22. L. 4. D. *de jurisd.* (2. 1.) L. 26. § 1. D. *ad munic.* (50. 1.)

(19) L. 12. § 1. D. *de bon. auct. jud.* (42. 5.) L. 2. pr. D. *de cur. bon.* (42. 7.)

2.° Alla concessione dell' immessione dee precedere una *causae cognitio* sopra le ragioni che se ne allegano (20); di più il debitore in ogni tempo, anche dopo già seguita la vendita della massa, può impugnare la legittimità della immissione mediante un' azione pregiudiziale (21).

3.° Le ragioni per le quali si può concedere l' immessione sono: 1) durante la vita del debitore A. allorchè questi non si può trovare, o per circostanze personali non può esser convenuto, nè ha alcun rappresentante, *quum absens non defenditur*, sia che egli a bella posta si tenga nascoso, sia che si trovi assente per caso (22); B. allorchè dopo aver riportato una condanna o confessato il debito non ha pagato nel *tempus judicati* (23), ed è indifferente se nel tempo stesso siasi eseguita o no la *manus injectio*, la quale può tuttora sempre aggiungersi per cagione dell' arresto personale per debiti (24), e C. allorchè egli nel caso dell' adizione di un' eredità non presta in favore de' creditori ereditarii la cauzione che gli può essere imposta, per prevenire la dilapidazione dell'eredità (25); 2) dopo la morte del debitore poi: A. allorchè niuno non vuole l' eredità a cagione de' debiti (26), o almeno la successione rimane lungamente incerta (27).

4.° Tostochè un creditore per una di siffatte ragioni ha ottenuta l' immissione, questa si ritiene come conceduta a tutti, eccetto forse nella immissione per cagione di assenza del debitore, e quindi tutti

(20) Cic. pro Quintio c. 19.; L. 13. D. si cert. pet. (12. 1.) L. 2. D. *quib. ex causis in poss. eat.* (42. 4.)

(21) L. 7. § 3. D. *eod.* L. 30. L. 33. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.). L' orazione di Cicerone per Quinzio è un *praejudicium* di tal fatta.

(22) *Lex de Gall. Cisalp.* l. c.; Caj. III. 78. L. 2. pr. L. 6. L. 7. § 1. 2. 13. D. *quib. ex caus. in poss. eatur* (42. 4.) L. 5. L. 29. pr. L. 35. L. 36. L. 39. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.) L. 9. C. *de bon. auct. jud.* (7. 72.) L. 5. C. *de revoc. his quae in fraud. cred.* (7. 75.)

(23) *Lex de Gall. Cisalp.* l. c.; Seneca *de benef.* IV. 12.; Caj. III. 78.; L. 3. C. *qui potior.* (8. 18.)

(24) V. § 129. Nota 21, e *lex de Gall. Cisalp.* l. c.

(25) L. 31. D. *de bon. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(26) Cic. pro Quintio c. 19.; Caj. III. 78. 79.; § 2. J. *de eo cui lib. causa bon. add.* (3. 11.) L. 8. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.) L. 4. L. 6. L. 7. L. 28. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 1. § 1. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 5. L. 6. C. *de bon. auct. jud. poss.* (7. 72.). Per eccezione questa *missio in bona defuncti* potera anche riferirsi semplicemente ad una quota ereditaria L. 55. L. 61. D. *de adquir. hered.* (29. 2.)

(27) L. 23. § 2-4. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 8. L. 9. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.) L. 1. D. *de cur. bon.* (42. 7.)

coloro che si presentano e dimostrano i loro crediti vi prend[...] senza che si tenga ragione di chi si è presentato prima o[...] ciò anche nel caso che i crediti sieno condizionali (29).

5.° I Creditori per verità non ottengono con la immissio[ne la pro-]prietà de' beni (30), ma sibbene il dritto della detenzione [...] e dell' amministrazione sotto la responsabilità di tutt' i dan[ni imputa-]bili a loro colpa (31); di più il così detto pegno pretori[o ...] questo dritto forse non era da prima conceduto, ma fu solo [...] per una posteriore interpetrazione dell' editto (32), ed a [tutela] del loro possesso è dato a medesimi l' interdetto *ne vis fia[t ei qui in] possessionem missus est* (33). Oltre a ciò i creditori, secon[do l'editto] di un Pretore Paolo possono far rescindere con l' azione [...] alienazioni fatte in frode de' loro diritti (34), e dal tempo d[ella immis-]sione in poi il debitore, il quale allora vien chiamato *fraud[ator, perde] del tutto la disposizione del suo patrimonio (35); ma non[...] alla vendita non può esser cacciato via dalla sua casa (36).

6.° Per rapporto al termine da dover decorrere è da dist[inguere ...] Se il debitore è impubere, o senza dolo si trova assente per [...] Stato, o è caduto in mano al nemico, o se la immissione ha [luo-]go solo per l' incertezza della successione, si deve aspetta[re ...] debitore diviene pubere, o ritorna, o fino a che si prenda [...] sulla successione, e quindi si destina un curatore de' beni [*curator*] *bonorum* per l' amministrazione del patrimonio (37). 2) In [...] dopo un determinato spazio di tempo si può procedere alla [...]

(28) L. 12. pr. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 6. § 7. D. *q[uae in fraud.] cred.* (42. 8.) L. 6. C. *de bon. auct. jud.* (7. 72.) Confr. nondimeno L. [...] ed appresso Nota 61.

(29) L. 4. pr. D. *de cur. bon.* (42. 7.) L. 4. pr. D. *de separat.* (42. [...] D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.). Non si oppone la L. 14. § 1. [...]

(30) L. 6. L. 8. C. *de bon. auct. jud. poss.* (7. 72.)

(31) Cic. pro Quintio c. 27.; L. 3. § 23. L. 10. § 1. D. *de adquiren[...]* L. 8-11. L. 14. § 1. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 3. § [...] (43. 17.)

(32) L. 26. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 35. D. *de reb. auct. j[ud. poss. (42.] 5.)* L. 1. L. 2. C. *de praet. pign.* (8. 22.) V. § 198. n. II.

(33) L. 1. D. *ne vis fiat.* (43. 4.) L. 14. pr. D. *quib. ex caus. in pos[s. eat.]*

(34) V. § 80. n. II. 3. Confr. Cic. ad Attic. I. 1.

(35) L. 6. § 7. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.) L. 47. pr. D. *de reb[...]*

(36) Cic. pro Quintio c. 27.

(37) L. 23. § 2-4. D. *de hered. inst.* (28. 5.) L. 6. § 2. L. 8. L. 9. [...] *caus. in poss. eat.* (42. 4.) L. 22. § 1. L. 36. L. 50. D. *de reb. auct. j[ud. poss. (42.] 5.)* L. 1. D. *de cur. bon.* (42. 7.)

ed allora non v' è mestieri di nominare un curatore, se non quando è necessario di agire incontanente per far valere i crediti della massa a fine di evitare che non vadano perduti (38). Ma ad un solo creditore si dà l' incarico di osservare le carte del debitore, affinchè pel frammischiarsi di molti queste carte non si disperdano o non sieno alterate (39). 3) Cessa poi ogni immissione allorchè si dà a' creditori una sufficiente sicurtà (40).

7.° Se si dee procedere alla vendita, i creditori già immessi debbono fare una *proscriptio bonorum* cioè far noto mediante pubblici affissi ne' luoghi più frequentati, che il patrimonio del debitore si debba vendere, il che si fa per avvertire tutti coloro che vi hanno preso parte, e per invitare gli altri creditori a presentarsi (41). Dopo il decorso di 30 giorni, o di 15 se l' immissione riguarda una successione, il magistrato che ha data l' immissione deve convocare i creditori, affinchè scelgano uno di loro a *magister bonorum* per incaricarsi della vendita (42). La vendita, nella quale i creditori ed i parenti del debitore hanno il dritto di esser preferili agli altri compratori (43), dee farsi al pubblico incanto e mediante la così detta *sectio bonorum*, giacchè il patrimonio vien venduto come un tutto al maggiore offerente (44.) Ma per lasciare un certo tempo al debitore o a'suoi eredi, il magistrato che ha data l' immissione, non attribuisce definitivamente il Patrimonio al compratore se non dopo 30 giorni, e dopo 20 trattandosi di successioni (45).

(38) L. 14. pr. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(39) L. 15. D. *eod.*

(40) L. 33. § 1. D. *eod.*

(41) Cic. pro Quintio c. 6. 15. 19. 20.: Seneca *de Benef.* IV. 12.; Caj. III. 79. Quando Vellejo Paterc. II. 28. dice di Silla che egli abbia inventate le proscrizioni, ciò si può ammettere solo nel senso che egli fu il primo ad applicare ai beni confiscati le pubbliche notificazioni della vendita. Imperocchè la *proscriptio bonorum* nel concorso era più antica, il che è parimenti a dirsi della confisca medesima.

(42) Caj. III. 79.; Theoph. III. 12. pr.; Cic. pro Quintio c. 8. 15. ad Atticum I. 1.; L. 22. § 10. D. *mandati* (17. 1.) L. 9. C. *de bon. auct. jud.* (7. 72.)

(43) L. 16. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(44) Caj. III. 77 79.; pr. J. *de success. subl.* (3. 12.) Theoph. l. c. Confr. Cic. pro Rosc. Amer. c. 8. 43.; in Catilin. II. 8.; Varro *de re rust.* II. 10.: secondo Ascon. ad Cic. in Verr. II. 1. c. 19. 13. la *sectio* per la vendita ed il *sector* pel compratore erano semplicemente dei nomi ingiuriosi occasionati da ciò che vi erano delle persone che facean professione di correre agl' incanti dei beni proscritti, *sectari bona proscriptorum*. Ciò è contrario alla ipotesi, che di già nelle dodici Tavole si fosse parlato di *sectio bonorum*, e che da ciò si dovesse dichiarare il celebre *in partes secanto* presso Gellio XX. 1.

(45) Caj. III. 89.

8.° Per effetto di questa *addictio* il debitore vien liberato interamente e per sempre da' suoi debiti attuali (46), ma incorre per questo nella infamia anche se la insolvibilità non gli si possa imputare a colpa (47), ed è spogliato assolutamente di tutto (48). Imperocchè il compratore *emptor* s. *sector bonorum* mediante una successione universale subentra in tutti i suoi dritti di patrimonio (49), ed ottiene un proprio interdetto *adipiscendae possessionis* l' *interdictum possessorium* per procurarsi il possesso delle cose (50). Nondimeno egli provvisoriamente ottiene solo la proprietà bonitaria, imperocchè questo modo di acquisto trae l' origine dall' editto del pretore (51); nella riscossione de'crediti gli si possono opporre delle pretensioni riconvenzionali di ogni specie, per farne la deduzione (52), od egli non può neppure venir direttamente come possessore di questi crediti (53), ma deve nella sua azione o desumere l' *intentio* dalla persona del debitore, e formolare solo la *condemnatio* a suo favore, o fingersi come erede del debitore, delle quali due forme la prima addomandasi *actio Rutiliana*, la seconda *actio Serviana* (54). Ma sotto gl'imperadori fu cambiato non poco il procedimento che qui abbiamo esposto.

1.° Sull' autorità di Labeone fu ammesso che in quanto ai dementi, ai prodighi, e ad altre persone che stanno sotto curatela, l'immessione de' creditori non debba aver altro effetto se non che il curatore del de-

(46) L. 25. § 7. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.). Il concorso forzoso differisce essenzialmente in questo punto dalla *cessio bonorum*, al che d' ordinario non si suole por mente.

(47) Caj. II. 154.; § 1. J. *qui et a quib. man.* (1. 6.) L. 11. C. *quib. ex caus. infam. irrog.* (2. 12.) Confr. Tab. Heracl. sect. VIII. Cic pro Quintio c. 9. 13. 14. 19. 22. 31.; L. 3. C. Th. *de inoff. test.* (2. 19.). Se io § 129. Nota 17. ho manifestata la congettura che l' attribuzione del patrimonio al creditore nella *manus injectio ed addictio* avesse già per effetto l' infamia, per spiegare con ciò la pretesa infamia degli *addicti*, la quale il *Niebuhr* ed il *Savigny* hanno dedotta da Liv. VI. 34. e Dion. Hal. VI. 59., ora la ritratto come non necessaria, imperocchè i luoghi citati non parlano d' infamia, ma sibbene dell' ignominia che l' *addictio* conteneva, come in ispezialtà si fa manifesto dal confronto della Nov. 135. c. 1.

(48) L. 4. D. *de cur. bon.* (42. 7.) L. 50. D. *de op. libert.* (38. 1.). Soltanto, quando il debitore vive in concubinato con una schiava, costei gli vien rilasciata insieme con i figliuoli L. 38. pr. D. *de bon. auct. jud.* (42. 5.)

(49) Varro *de re rust.* II. 10. Caj. II. 98. III. 77. pr. J. D. *de success. subl.* (3. 12.)

(50) Caj. IV. 145.

(51) Caj. III. 80.; Theoph l. c.

(52) Caj. IV. 65.

(53) Caj. III. 81.

(54) Caj. IV. 35.

bitore debba vendere i beni di lui per soddisfare i creditori, ma non sia tenuto di vendere più di quanto sia necessario, col qual mezzo si evitò che il debitore divenisse infame, e che gli si togliesse tutto senza necessità (55).

2.° Mediante un senatoconsulto di data incerta per un somigliante riguardo di equità ciò fu esteso anche a questo, che 1) nella immissione ne' beni di un senatore o di altre ragguardevoli persone si debba destinare un *curator bonorum* per vendere nella stessa guisa i beni (56), e che 2) stia sempre in facoltà de' creditori di far nominare a tal fine un curatore allorchè spontaneamente vogliono usar questo riguardo pel debitore (57). Nondimeno anche il curatore poteva vendere il patrimonio per intero, ed allora il debitore diveniva come al solito assolutamente privo di patrimonio, e soltanto evitava l'infamia (58).

3.° Come Antonino Pio ebbe introdotto la *pignoris capio in causa judicati* (59), la *missio rei servandae causa* come mezzo di esecuzione contro i debitori condannati o confessi, dovè certamente perdere in parte la sua importanza. Non pertanto essa anche in questa applicazione è sempre ammissibile allorchè secondo le circostanze pare più opportuna che il pignoramento (60).

4.° Da ultimo Giustiniano apportò anche delle nuove disposizioni sulla immissione per *causa di assenza del debitore*. 1) Anche la immissione conceduta per questa cagione dee tornare a vantaggio di tutt' i creditori, il che anticamente era per lo meno controverso (61). 2) Per l'alienazione de' beni deve in questo caso aspettarsi quattro anni dalla immissione (62), ed i creditori che dimorano fuori della provincia, nella

(55) L. 7. § 10-12. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.)

(56) L. 5. D. *de cur. fur.* (27. 10.). Nella L. 22. § 10. D. *mandati* (17. 1.) si fa soltanto menzione dell' antico *magister bonorum*, altrimenti il Senatoconsulto dovrebbe già riferirsi al tempo della Repubblica.

(57) L. 9. D. *de cur. fur.* (27. 10.)

(58) L. 4. D. *de cur. bon.* (42. 7.) Confr. L. 7. § 11. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.)

(59) V. § 198.

(60) L. 3. C. *qui potior.* (8. 18.) Confr. L. 63. D. *de judic.* (5. 1.) L. 31. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 6. § 2. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 5. C. *de his quae in fraud. cred.* (7. 75.)

(61) L. 10. pr. C. *de bon. auct. jud. poss.* (7. 72.). È incomprensibile come questa costituzione ordinariamente venga intesa di ogni *missio rei servandae causa*, la qual cosa ha cagionato molto errore e confusione.

(62) L. 10. § 2. init. C. *eod.*

quale l'immissione si è conceduta, possono presentarsi in tutto
spazio di tempo, ma quei che dimorano nella stessa provincia
due anni (63). 3) Chi non si è presentato a tempo debito non
può aver pretensione alla immissione, ma non può neppure a
tro il debitore (64). 4) Se la vendita dà una somma eccedente
che rimane non si dee restituire al debitore, ma depositare
ziariamente pei creditori che posteriormente si presentino
Colui che ha soprainteso alla vendita deve giurare che egli si
portato onestamente (66). 6) Se il debitore che prima era a
prima della vendita si presenta e vuol muover giudizio contr
ditori immessi nel possesso, deve in prima risarcir loro le s
danni, e prestar mediante fidejussori la *cautio judicatum sol*
S' intende di per se che coloro i quali possono dimostrare la l
prietà sulle cose che compongono la massa, possono sempre riv
le loro cose, senza esser tenuti di osservare il termine stab
creditori (68).

B. *Cessio bonorum*.

§ 226. Somiglianti principi si applicano allorchè un debitore
taneamente, mediante la *cessio bonorum* abbandona il suo patr
a' suoi creditori, il che si fa con una dichiarazione non sogg
alcuna forma particolare (1). Prima della *lex Julia de cessione bo*
di Giulio Cesare (2) probabilmente per questa cessione passava
prietà ne' creditori; ma la *lex Julia*, la quale per altro fu emana
per l' Italia, e dalle imperiali costituzioni fu la prima volta est

(63) L. 10. § 1. *C. eod.*

(64) L. 10. § 1. in fine C. *eod.* « Post completum autem memoratum tempu *eis esse licentiam*, eos qui possessionem adepti sunt, molestare, vel aliquibus d ficere; *actiones autem, quas ex legibus sibi competere putaverint, contra suo re debitores.* « Se Giustiniano voleva qui ammettere le azioni contro il debitor ordinariamente si pensa, non avrebbe dovuto leggersi *exercere*, ma *exerceant*. C l' analogia della L. 25. § 7. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.) è contro l' opini versale.

(65) L. 10. § 2. 3. C. *eod.*

(66) L. 10. § 3. C. *eod.*

(67) Nov. 53. c. 4.

(68) L. 24. § 2. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 1. C. *de pri* (7. 73.)

(1) L. 9. D. *de cess. bon.* (42. 3.) L. 6. C. *qui bon. ced. poss.* (7. 71.) ... *eod.* (4. 20.)

(2) La mia St. § 57. n. II.

province, dispose che i creditori dovessero, come nella immissione, vendere il patrimonio, ma per contrario conseguissero questo dritto di vendere immediatamente per effetto della cessione stessa, come se fossero stati giudizialmente immessi in possesso (3), però con le seguenti modificazioni:

1.° Se i creditori con la vendita de' beni non sieno stati interamente soddisfatti, il debitore qui non è liberato in tutto, ma rimane obbligato ancora pel residuo (4).

2.° Per ricompensa che il debitore ha risparmiato a' creditori le spese e la noja della immissione, egli 1) dee godere per l' avvenire del beneficio legale della competenza, e quindi non può esser convenuto nè dai creditori non soddisfatti, nè da' creditori posteriori, prima che egli abbia acquistato più che il bisogno del suo sostentamento non richiede (5); 2) per cagione de' debiti esistenti al tempo della cessione non può più essere arrestato o tenuto in prigione (6), e 3) non dee divenire infame per la vendita de' beni, come accade nella *missio rei servandae causa* (7). Ma per considerazione di questi favori, secondo la *lex Julia* la cessione non era permessa senza condizione alcuna, giacchè 1) il debitore dal suo canto dovea in prima riconoscere i crediti di coloro, ai quali voleva abbandonare il suo patrimonio (8), e 2) quindi *jurare bonam copiam*, cioè giurare che l' insolvibilità non era proceduta da sua colpa, e che egli farebbe una leale consegna del suo patrimonio (9), al che Graziano aggiunse anche 3) che rispetto al Fisco il debitore debba provare in un modo regolare che l' insolvibilità non gli si possa recare a colpa (10). Ma Teodosio I. concedè a' debitori la cessione senza condizione o limitazione veruna (11), e lo

(3) L. 4. C. *eod.* Caj. III. 78. L. 17. pr. D. *de recept.* (4. 8.)

(4) L. 1 C. *eod.* L. 7. D. *eod.*

(5) L. 4. L. 6. L. 7. D. *eod.* L. 3. C. *de bon. auct. jud. poss.* (7. 72.) § 40. J. *de act.* (4. 6.)

(6) L. 1. L. 8. C. *qui bon. ced. poss.* (7. 71.) Confr. L. 1. Th. *eod.* (4. 20.) Nov. 135. c. 1.

(7) L. 11. C. *ex quib. caus. infam. irrog.* (2. 12.). Intanto la *lex Julia municipalis* (Tab. Heracl.) sect. VIII. escluse anche colui che avea fatta cessione dei beni dagli uffizii municipali.

(8) L. 8. D. *de cess. bon.* (42. 3.)

(9) *Lex Jul. municipalis* l. c. La *lex Julia de cess. bon.* qui per certo non è espressamente indicata come la fonte, ma ciò è senza dubbio presupposto, imperciocchè essa era l' antica legge. Confr. § 225. Nota 16.

(10) L. 1. C. Th. *qui bon. ex leg. Jul. ced. poss.* (4. 20.)

(11) L. 2. C. Th. *eod.* L. 6. C. *eod.* (7. 71.)

stesso dispose Giustiniano pei *filii familias* per rispetto al loro peculio castrense e quasi castrense (12).

3.° Finchè non è seguita la vendita, il debitore può sempre rivocare la cessione, ed allora può anche impugnare i crediti già riconosciuti (13). Del rimanente anche qui tutti i creditori che si presentano fino a che la vendita non si è effettuata, partecipano con egual dritto della cessione (14).

C. *Distribuzione del prezzo.*

§ 227. Dal prezzo ricavato dalla vendita si debbono in prima dedur le spese (1); dipoi, se vi sono creditori pegnoratizi, questi debbono esser soddisfatti in preferenza (2), con la sola eccezione che i crediti di spese funebri pel debitore, per la moglie, o pei figliuoli vanno innanzi anche al dritto di pegno del locatore di una casa sulle cose che vi sono introdotte (3). Ma bisogna che i creditori pegnoratizi non altramente che ogni altro creditore si sieno presentati (4). I rimanenti creditori „ *creditores chirographarii* si dividono in tre classi.

A.° In primo luogo vengono i creditori a'quali spetta un *privilegium exigendi*. Or questi privilegi sono di due ragioni, alcuni son *privilegia causae*, i quali sono inerenti allo stesso credito, qualunque possa esser il creditore, altri *privilegia personae*, i quali appartengono solamente a certe determinate persone (5), senonchè chi ha comperato da un creditore privilegiato il suo credito, o ha prestato danaro al debitore per pagare con esso un siffatto creditore, gode anch'egli del privilegio di costui (6). Ai crediti privilegiati della prima maniera appartengono: A. le spese funebri per la sepoltura del debitore e de'suoi parenti, il che pare che fosse introdotto nello stesso editto del Pre-

(12) L. 7. C. *eod.*

(13) L. 3. L. 5. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(14) L. 5. D. *de cur. bon.* (42. 7.)

(1) L. 8. D. *depositi* (16. 3.) L. 72. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

(2) L. 3. § 1. D. *de reb. eor. qui sub. tut.* (27. 9.) L. 2. L. 9. C. *qui potior.* (8. 18.) L. 6. L. 10. pr. C. *de bon. auct. jud.* (7. 72.). Come nei pegni speciali si giungesse a determinare il valore del pegno, quando il patrimonio era venduto in massa, non è indicato. Più naturale sembra che avesse luogo una stima per determinare quanto dal prezzo di compra si dovesse imputare sul pegno.

(3) L. 14. § 1. D. *de religiosis* (11. 7.)

(4) L. 6 C. *de remiss. pign.* (8. 26.)

(5) L. 68. L. 196. D. *de R. J.* (50. 17.)

(6) L. 2. D. *de cess. bon.* (42. 3.) L. 24. § 3. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)

tore (7); B. i prestiti fatti per la riparazione di un edifizio, secondo un editto di Marc-Aurelio (8); C. il danaro mutuato per fornire e mettere in punto una nave (9); e D. il credito pel rimborso di danaro depositato senza interessi presso un *argentarius* (10). Sono poi creditori personalmente privilegiati: A. il Fisco per tutt' i crediti (11) eccetto le multe (12); B. i Comuni parimenti per tutt' i crediti (13); C. la moglie anche semplicemente putativa, e la fidanzata, per la restituzione di una dote consegnata (14); D. e tutte le persone sottoposte a tutela o cura, in quanto a' crediti che vantano contro i loro tutori, protutori, o curatori per cagione della tenuta amministrazione (15). Per regola i crediti privilegiati sono tra loro eguali (16); ma nondimeno le spese funebri son preferite a tutti gli altri crediti (17), e dopo queste il Fisco del pari è preferito a tutt' i rimanenti (18). Il credito pel rimborso del danaro depositato senza interessi propriamente non avrebbe dovuto soddisfarsi che dopo gli altri crediti privilegiati (19), ma nondimeno la pratica Romana preferiva anche questo credito agli altri (20).

2.° Dopo i crediti privilegiati concorrono tutti gli altri *pro rata* sen-

(7) L. 12. § 2. 3. 4. L. 14. § 1-5. L. 26. L. 37. L. 45. D. *de relig.* (11. 7.) L. 17. pr. D. *de bon. auct. jud.* (42. 5.) L. 22. § 9. C. *de jure delib.* (6. 3.) Paul. S. R. I. 21. § 15.

(8) L. 24. § 1. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.) L. 1. D. *de cess. bon.* (42. 3.) L. 25. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 52. § 10. D. *pro socio* (17. 2)

(9) L. 26. L. 34. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.)

(10) L. 7. § 2. 3. L. 8. D. *depos.* (16. 3.) L. 24. § 2. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.)

(11) L. 34. D. *eod.* L. 6. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 10. D. *de pact.* (2. 14.)

(12) V. Nota 22. e 23.

(13) L. 38. pr. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.)

(14) L. 17. § 1. L. 18. L. 19. pr. D. *eod.* L. 74. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 22. § 13. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. un. C. *de privil. dot.* (7. 74.)

(15) L. 19. § 1. L. 20-24. pr. D. *de bon. auct. jud.* (42. 5.) L. 44. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.). I crediti contro i magistrati preposti alle tutele non sono privilegiati L. 1. § 14. D. *de magistr. conv.* (27. 8.)

(16) L. 32. D. *de bon. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(17) V. i passi citati nella Nota 7.

(18) L. 34. D. *eod.*

(19) L. 24. § 2. D. *eod.*

(20) L. 7. § 2. 3. L. 8. D. *depos.* (16. 3.). Sopra gli altri tentativi di toglier la contradizione tra questi passi e la L. 24. § 2. D. cit. veggasi *Neustetel* e *Zimmern* Ricerche sulle teoriche del dritto Romano *Heidelb.* 1821. n. 2. *C. G. Overbeck* de collocat. depositi *Heidelb.* 1808.; *Gluk* Dichiarazione sistematica delle Pand. vol. XV. pr. 224. seg.; *Emmerich* nel giornale pel dritto e la procedura civile vol. V. n. 5. *Cujacii* observ. X. 14.; *Kraut* de argentariis p. 115. seg. *B. H. Frister* de privil. cred. personali Gott. 1804. § 11. 18.

za riguardo all' antichità ed origine de' medesimi (21), ma
cettuati:

3.° Quei crediti che per legge sono specialmente posposti
debbono venir pagati dopo gli altri, come sono i crediti del
ragione di multa (22), su di che veramente i giureconsult
non erano di accordo (23). Tra questi crediti posposti posson
guisa annoverarsi anche i legati; giacchè essi interamente si
no, allorchè una eredità non accettata viene attribuita a' credit
e quando anche l' eredità fosse accettata, pure regolarmente
valore se non per ciò che l' onerato raccoglie dalla eredità,
ma la deduzione de' debiti (25), e per conseguenza son po
crediti che altri hanno contro il testatore (26), ancorachè q
biano origine da un legato (27). Può anche risultare un p
rapporto tra' creditori dalla circostanza, che nel caso che si apr
corso contro un erede, ai creditori ereditarii ed a' legatarii c
novazione nè in altro modo hanno spontaneamente riconosciut
come loro debitore (28), l'editto del Pretore dà il dritto di do
la separazione della eredità dal patrimonio particolare dell'ere
quanto questa separazione sia possibile a farsi, e non sieno a
corsi cinque anni dalla morte del testatore (30). Sulla massa
ria così separata si debbono soddisfare primamente, secondo
rie regole, i creditori ereditarii che prendono parte alla sepa

(21) L. 6. C. *de bon. auct. jud.* (7. 72.) L. 5. D. *de cur. bon.* (42.
7. L. 24. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.)

(22) L. un. C. *poen. fiscal. cred. praefer.* (10. 7.)

(23) L. 17. L. 37. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(24) L. 17. D. *de mort. caus. don.* (39. 6.). A questo caso naturalment
glia il caso che l' erede si faccia restituire contro l' accettazione dell' eredità
D. *de separat.* (42. 6.)

(25) § 1. J. *de sing. reb. per fideic. rel.* (2. 24.) L. 80. L. 114. § 3.
2. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. § 17. L. 17. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
§ 3. J. *de lege Falc.* (2. 22.) L. 69. L. 73. § 5. D. *eod.* (35. 2.) L. 6. p
eod. (6. 50.) Paul. S. R. IV. 5. § 6.

(26) L. 4. § 1. L. 6. pr. D. *de separat.* (42. 6.) L. 22. § 5. 6. C. *de*
(6. 30.)

(27) L. 1. C. *de bon. auct. jud. poss.* (7. 72.). Questo passo non è d
della *missio in bona defuncti*, ma del caso in cui si è aperto il concorso pr
dell' erede, giacchè altrimenti i legati dell' erede morto non avrebbero vigore.

(28) L. 1. § 10. 11. 15. 16. L. 7. D. *de separat.* (42. 6.)

(29) L. 1. pr. § 1. 3. 4. 7. 8. 9. 18. L. 3. pr. L. 4. pr. D. *eod.* L. 2.
auct. jud. poss. (7. 72.)

(30) L. 1. § 12. 13. 14. L. 2. D. *de separat.* (42. 6.)

e dipoi i legatari (31); ma di altra parte essi perdono il diritto sulla massa dell' erede fino a che i creditori di costui non sieno stati pienamente soddisfatti (32). I creditori particolari dell' erede non hanno alcun diritto a domandare la separazione (33), ma nondimeno appartiene ad essi ciò che forse sopravvanza dall' eredità (34). I creditori ereditari che non han preso parte nella separazione, vengono annoverati tra i creditori particolari dell' erede (35), ed in generale se non si è impetrata la separazione, allora i creditori ereditari e quei dell' erede stanno fra loro in una condizione eguale, ed in questo caso i legati imposti all' erede non possono altramente trattarsi che come gli altri debiti ereditari, nondimeno tutt' insieme i legati non possono aver effetto se non fino all' ammontare del valore, pel quale l' eredità sopravvanza i debiti ereditarii, e quindi in caso di necessità son soggetti a riduzione (36).

CAPITOLO SECONDO

COME SI ORIGINANO LE OBBLIGAZIONI.

I. PROSPETTO GENERALE DELLE CAUSE ONDE ESSE DERIVANO (*)

§ 228. Le obbligazioni possono generarsi in più guise (1), non però

(31) L. 1. § 16. L. 4. § 1. L. 6. pr. D. *eod.*

(32) L. 1. § 17. L. 3. § 2. L. 5. D. *eod.* Non si oppone la L. 3. § 1. D. *eod.*

(33) L. 1. § 2. 5. D. *eod.* La L. 6. § 1. D. *eod.* non contiene una vera eccezione.

(34) L. 1. § 17. L. 5. D. *eod.*

(35) L. 1. § 16. D. *eod.*

(36) Per effetto dei passi citati nella Nota 25. il *Fritz* nell' Arch. per la prat. civ. vol. XII. n. 12. è di altra opinione pel caso contenuto nella nov. 2. c. 1. quando l' erede non ha fatto inventario, e perciò in pena dee pagare del suo tutt' i legati per intero. Ma ciò può applicarsi soltanto quando l' erede è in istato di pagare, altrimenti la pena colpirebbe non già l' erede colpevole, ma i suoi creditori innocenti, e con ciò sarebbesi apprestato un mezzo di eludere l' *actio Pauliana*. Suppongasi che alcuno il quale prevegga il concorso, desideri di dare il suo patrimonio ad un amico X. Egli in tal caso non avrebbe a far altro che indurre un uomo presso a morire, il quale non avesse nulla, ad istituirlo erede, e ad imporgli un immenso legato a favore di X. Dopo che egli avrebbe accettato senza inventario l' eredità che di fatto non esiste, e si sarebbe dichiarato insolvibile, X. concorrendo come legatario toglierebbe ai creditori quasi tutto.

(*) J. O. *Westenberg* de caus. oblig. lib. sing. e diss. IX. *Harderov.* 1701. (op. T. I. p. 57. seg.)

(1) L' enumerazione delle cause fatta da Modestino nella L. 52. pr. D. *de O. et A.* (44. 7.) « Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut

dimeno tutte quante le maniere in cui esse possono avere
riducono a due cause (2).

1.° Una di queste cause sono i contratti ne' quali si prome
terminato *dare*, o *fare*, e che per questo si sogliono convenie
indicare come convenzioni *obbligatorie*. Le convenzioni di qu
cie differiscono da tutte le altre non solo pel loro contenuto
cora per la ragione che la propria teorica Romana de' contra
porta solamente ad esse (3); come cause poi di obbligazione
guono in ciò che esse sole possono generare obbligazione da
e possono riguardare qualsivoglia prestazione, che in gene
esser l' oggetto di un rapporto di obbligazione.

2.° La seconda causa delle obbligazioni sono le violazioni
delicta, *maleficia*, dalle quali nondimeno ordinariamente n
che un dritto al risarcimento del danno, o ad una pena p
quindi al pagamento di una somma di danaro, e tutto al pi
mediato ristabilimento di quello stato di cose che si è turbat
bligazioni, che per questo modo hanno origine, si suddivido
classi, giacchè per molte di esse, principalmente dall' editto
tore furono date delle azioni particolari, le *actiones rei pe*
riae, *poenales*, *et mixtae ex maleficiis* (4), le quali nelle
di dritto commesse da *homines alieni juris* appartengono all
noxales (5); ma per contrario per alcune altre la pretensione
neggiato come un semplice dritto accessorio non si può far v
accessoriamente mediante un'azione poggiata sopra un altro
to (6), il che per altro in certi rapporti è vantaggioso, e per
cune circostanze può esser utile di comprendere, quando è p
in un' altra azione, anche que' dritti nascenti dall' altrui de
quali ci hanno delle azioni speciali (7). Ma oltre de' contratti e
trovasi eziandio un gran numero di fatti particolari di diversis

jure honorario, aut ex necessitate, aut peccato » è al tutto inservibile, imp
illogicamente confonde assieme i fatti, dai quali derivano le obbligazioni
dritto che ad esse servono di fondamento.

(2) Caj. III. 88. « Omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delict

(3) V. § 229. n. I.

(4) V. § 61. n. I.

(5) V. § 60. n II.

(6) Qui si riferiscono spezialmente le pretensioni pel *dolus* e per la *culpa* ne
giuridiche.

(7) L. 12. L. 49. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 121. § 3. D. *de V. O.* (4
152. § 3. L. 157. § 2. D. de *R. J.* (50. 17.)

cie, ai quali è attribuito l'effetto di produrre delle obbligazioni (8): questi sono o azioni del debitore, o altri avvenimenti, che obbligano alcuno senza che egli vi abbia cooperato, *obligationes ex re venientes*, la cui differenza si appalesa principalmente in ciò che i fatti della prima specie egualmente che le convenzioni e i delitti presuppongono la capacità del debitore, mentre nelle *obligationes ex re venientes* non vi si ha affatto riguardo (9). Nonpertanto tutte queste cause o fondamenti di obbligazioni sono anche annoverati tra i contratti o i delitti (10), imperocchè nella più parte di tali casi si finge un contratto, sebbene non ne sia realmente intervenuto alcuno, e queste sono le *obligationes quasi ex contractu* (11), ma ne' rimanenti casi alcuno vien fatto risponsabile per un danno avvenuto o da prevenirsi, come se egli per un delitto lo avesse cagionato, sebbene o non vi sia stato alcun vero delitto, o colui che è risponsabile pel danno non apparisca esserne stato l'autore, e queste sono le *obligationes quasi ex maleficio* (12). E questa riduzione di tutte le cause di obbligazione ai contratti o ai delitti ha eziandio un'importanza pratica; imperocchè le obbligazioni contrattuali o delittuali, per rispetto alla trasmissione agli eredi (13), all'obbligo mediato delle terze persone (14), ed in altri rapporti ancora, sono essenzialmente diverse fra loro, nel che si dee por mente che le proprietà delle obbligazioni contrattuali si applicano sempre anche alle *obligationes quasi ex contractu*, e le proprietà delle obbligazioni delittuali si applicano anche alle *obligationes quasi ex maleficio*, la qual cosa determina per molti lati il modo come le medesime praticamente

(8) L. 1. pr. D. *de O. et A.* (44. 7.) « obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio, *aut proprio quodam modo ex variis causarum figuris* ». Le *obligationes ex variis causarum figuris* illogicamente dai moderni si contrappongono alle obbligazioni nascenti da contratti o da delitti, come *obbligazioni che immediatamente derivano dalla legge*, imperocchè le convenzioni e i delitti parimenti non generano obbligazioni, se non perchè la legge ha annesso questo effetto al *factum* della convenzione o del delitto.

(9) L. 46. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 8. pr. D. *de acq. hered.* (29. 2.) L. 3. § 3. 4. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 3. § 5. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(10) § 2. J. *de oblig.* (3. 13.) « Sequens divisio (obligationum) in quatuor species deducitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio ».

(11) T. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 5. pr. § 1-3. D. *de O. et A.* (44. 7.). Ma l'enumerazione dei casi in questi passi non si può riguardare come compiuta.

(12) Tit. J. *de obl. quae quasi ex malef.* (4. 5.) L. 5. § 4-6. D. *de O. et A.* (44. 7.). Anche qui l'indicazione dei casi non è compiuta.

(13) V. § 248.

(14) V. § 250.

si hanno a trattare (15). La prescrizione non è mai causa ge
di obbligazioni (16).

II. DELLE CONVENZIONI OBBLIGATORIE IN PARTICOLARE

1) *Specie diverse.*

§ 220. I delitti che producono obbligazioni egualmente che
de' finti contratti o delitti debbono essere partitamente nu
spiegati; e le condizioni e le proprietà generali de' primi si
già da' principi sulla colpa e sul dolo (1). Ma intorno alle co
obbligatorie si è formata una teorica molto comprensiva che
una più minuta spiegazione. In prima sono da esporre le div
cie di convenzioni, delle quali se ne incontrano parecchie :

1° *Contractus* e *pacta*. Questa è la divisione fondamentale
venzioni obbligatorie, ed essa dipende da ciò che anche le ob
convenzionali, anzi queste principalmente non si possono tu
ralmente far valere per via di azioni, sotto il qual rapporto s
che distinguere quelle, alle quali pel dritto civile antico era
un' azione da quelle che non ne producevano alcuna. Le pri
no secondo l' uso del linguaggio de' giureconsulti classici,

(15) Quando il *Weber* delle obl. natur. § 5. seg. dichiara per una as
stinzione di *obligationes quasi ex contractu e quasi ex maleficio*, e quan
reputano per lo meno un vano giuoco di parole, disconoscono pienamente
medesima. Essa non vuole esprimere se non che le obbligazioni non nascen
o da delitti sono ciò non ostante per rispetto al loro pratica trattamento a
obbligazioni o convenzionali o delittuali, e per questo è pure di una effetti
l' ordinare le obbligazioni secondo questa classificazione, giacchè allora si
bito parecchie regole generali per ogni obbligazione che si trova compre
La classificazione di *Weber*: 1.) atti bilaterali; 2.) unilaterali: A. leciti,
avvenimenti accidentali, non ha alcuna utilità, imperocchè essa non dà
mento sulla teoria pratica delle singole classi, e per certo una division
faccia non si può avere in pregio.

(16) L. 28. C. *de pact.* (2. 3.). Non si oppongono le L. 6. D. *de usu*
1. C. *de fideicomm.* (6. 42.) L. 20. pr. C. *de agricolis* (11. 47.)

(*) *A. Vinnius* tract. de pact. et transact. L. B. 1653. 12. ed.
K. Schmitthenner sui contratti, spezialmente sul dritto nuovo secondo i p
ni e Tedeschi. Giessen 1831. 8.; *F. Liebe* la stipulazione e la semplice p
unschweig 1840. 8. ; *H. M. Gneiss* le convenzioni formali del nuovo
sulle obbligazioni paragonate con le forme dei negozii civili del dritto
1845. 8.

(1) V. sopra § 40. seg.

cate col nome speciale di *contractus* (2), mentre le seconde son chiamate semplicemente *pacta* o *pacta nuda* (3). I contratti del dritto civile antico sono di quattro specie: *contractus verbis*, *litteris*, *re*, *et consensu* (4), delle quali le due ultime specie verso le due prime che si posson comprendere sotto la denominazione di contratti *formali* stanno nel rapporto di eccezioni alla regola. Imperocchè secondo i principi del dritto civile antico, perchè una convenzione obbligatoria produca azione 1) si richiede per regola l' applicazione di certe determinate forme, delle quali se ne incontrano due: A. una verbale il *contractus verbis*, ond' è venuta la *verborum obligatio* (5), e B. una scritturale, il *contractus litteris*, ond' è venuta la *literarum obligatio* (6). 2) Ma da questa regola sono eccettuate otto determinate convenzioni, le quali si dividono nuovamente in due classi: A. i *contractus re* contratti reali, cioè quattro contratti, per effetto de' quali alcuno riceve qualche cosa che si obbliga di restituire, ed in questi per verità non si richiede alcuna forma particolare per la promessa, ma invece è necessario che le cose da restituirsi sieno state effettivamente date, altrimenti la promessa della restituzione come priva di fondamento o causa non obbliga, e per tal ragione si suol dire che il debito nasce per la cosa stessa, *re ipsa contrahitur obligatio* (7). I quattro contratti reali sono il *mutuum*, s. *res credita* cioè il prestito di cose fungibili, il *commodatum* cioè il prestito di cose non fungibili, il *depositum*, allorchè alcuno riceve delle cose in custodia, ed il *pignus* s. *contractus pignoratitius*, cioè la consegna di una cosa che il creditore dee tenere in luogo di pegno (8), e le azioni che ne risultano di-

(2) Servio Sulpizio di già adoperò *contractus* in questo senso *Gell.* IV. Presso Cicerone non si trova quest' espressione, ma sibbene la circolocuzione *res contractae* s. *contrahendae*, e *negotia rerum contrahendarum*, e presso Ennio, Plauto, Terenzio, e gli antichi grammatici non s' incontra neppure qualche cosa di simigliante. Presso Nonio Marcello appellasi *contrahere* l' affacren[illegible] si per qualche cosa. Talvolta *contractus* impropriamente si pone per *obligatio* o *negotium* in generale L. 16. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 17. C. *de fide instrum.* (4. 21.)

(3) L. 7. § 1. 4. 5. D. *de pact.* (2. 14.) L. 8. L. 15. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 30. D. *de usur.* (22. 1.); Paul. II. 14.; pr. L. 10. C. *de pact.* (2. 3.) L. 12. C. *de usur.* (4. 32.); Vinnius h. t. cap. 5.

(4) Caj. III. 89.; § 2. J. *de obl.* (3. 13.) L. D. 1. *de O. et A.* (44. 7.)

(5) V. § 380.

(6) V. § 381.

(7) Caj. III. 182. IV. 116.; § 2. J. *de except.* (4. 13.) L. 2. § 2. L. 11. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 2. § 3. D. *de doli except.* (44. 4.) L. 1. L. 2. L. 9. C. *de non num. pec.* (4. 30.)

(8) Pr. § 2-4. J. *quib. mod. re contr. obl.* (3. 14.) L. 1. § 2-6. D. *de O. et A.* (44. 7.)

consi *actio mutui*, *actio commodati*, *actio depositi*, ed *acti*
titia B. I *contractus consensu*, contratti consensuali, cioè q
tratti, ne' quali, perchè nasca un' azione, non è mestieri
seguita una prestazione, ma basta l' esistenza della conv
consenso dichiarato. Questi sono il contratto di compra *e*
ditio, il contratto di locazione, *locatio conductio*, il contra
dato, *mandatum*, ed il contratto di società, *societas* (9), ai
mente corrispondono azioni de llo stesso nome, l'*actio e*
ti, l'*actio locati conducti*, l' *actio mandati*, e l' *actio*
Verisimilmente queste eccezioni dipendono da ciò che i
to contratti son tutti *juris gentium* (10): che questi po
ti ben per tempo riconosciuti, apparisce da una legge ch
tribuita a Numa Pompilio, nella quale parlasi di azioni
contratti conchiusi senza testimoni (11), giacchè sarebbe
to arbitrario il creder comprese in essa delle altre eccezi
antica forma del contratto, alla quale i testimoni appa
quanto l' ammettere, siccome fanno alcuni moderni auto
ginariamente il *commodatum*, *depositum*, e *pignus* non av
to aver luogo altrimenti che con la trasmissione della pr
lege remancipationis, e per conseguenza solo mediante la *f*

(9) Caj. III. 136-138.; § un. J. *de consensu obl.* (3. 22.) L. 2. D. *d*
7.) L. 35. § 2. (46. 1.) D. *de V. O.*

(10) L. 5. D. *de just. et jur.* (1. 1.) L. 7. § 1. D. *de pact.* (2. 14.)
Soltanto il *mutuum* potè anticamente richiedere anche un contratto forma
re azione V. § 230. Nota 18.

(11) *Dion. Hal.* II. 75.: « (Numa) videns contractus eos qui palam e
bitis fierent, praesentium ob reverentiam servari, et a perpaucis quibusd
vero qui sine testibus fierent (quorum longe major est numerus, quam
contrahentium fide custodiri, huic praecipue praeter caetera omnia strenu
dam hancque divinis honoribus dignandam censuit.... Fides autem res
et non violanda habebatur, ut sua cuique fides maximum esset jusjurand
testimonio longe validius; et quoties de contractu sine testibus facto inter
controversiae ortum fuisset, ipsa fides alterius partis disceptantium litem
que ulterius contentionem progredi patiebatur, et magistratus et judices
troversiarum partem jurejurando interposito dirimebant. » Noi qui abbi
parallelo alla disposizione di Giustiniano intorno ai legati disposti senza
L. 32. C. *de fideicomm.* (6. 43.). Del rimanente se Dionisio fa menzio
privati, ciò non è da intendere come se egli ponesse costoro di già al te
imperocchè egli medesimo (IV. 25. 36.) ci fa noto che essi furono isti
Tullio. Confr. la mia St. § 14.

(12) La *fiducia cum amico* presso Cajo II. 60., la quale in sostanza è
deposito può tanto bene essere stata un ritrovato, nelle guerre civili, per e
scrizioni, quanto un'antica usanza del dritto.

Sul modo in cui nel dritto antichissimo i *pacta nuda* furon trattati ci manca assolutamente ogni notizia; nondimeno il riguardo per la forma degli affari giuridici, che nell'antico dritto civile predomina, non ci lascia dubitare che essi civilmente non furono affatto obbligatorii. Ma quando fu stabilito il principio di riconoscer come *obligationes naturales* tutte le obbligazioni del *jus gentium*, ciò si dovè applicare anche rispetto ai *pacta nuda*, essendochè il *jus gentium*, non richiedeva alcuna forma per le convenzioni obbligatorie. Per conseguenza divenne principio generale che ogni *pactum*, sebbene non producesse azione alcuna, dovesse nondimeno produrre la *exceptio obligationis*, ed in generale una *obligatio naturalis* (13). Non pertanto la cosa non rimase qui. I Pretori in prima cominciarono ne' loro editti ad attribuire un'azione a certi patti particolari (14), ed il simigliante fu fatto più tardi anche con altre fonti di dritto, e segnatamente con le costituzioni imperiali (15). Queste convenzioni che pel dritto posteriore producono azione si potrebbero annoverare tra i contratti consensuali, ma nondimeno nelle fonti esse furono sempre denominate semplicemente *pacta*, e tutto al più s'incontrano come *pacta praetoria et legitima* (16). Il solo *contractus emphyteuticarius* (17) elevato a contratto speciale da Zenone forma un' eccezione sotto questo riguardo, ma pure esso non è che una modificazione speciale del contratto di locazione.

2° *Conventiones stricti juris et bonae fidei.* Questa distinzione che si applica a tutte le convenzioni che producono un' azione, deriva dalla natura dell' azione (18), dal che in generale si può scorgere di leggieri quale sia la importanza pratica di siffatta distinzione. Pertanto è da notare 1) che allorchè ad una convenzione di buona fede immediatamente *in continenti*, e non già posteriormente si aggiunge un patto accessorio, *pactum adjectum*, l'azione principale può essere intentata

(13) L. 7. pr. § 1. 4. D. *de pact.* (2. 14.) L. 5. § 2. D. *de solut.* (46. 3.) L. 84. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.)

(14) L. 3. § 1. D. *de recept.* (4. 8.) L. 1. pr. § 1. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 2. C. *eod.* (4. 18.) § 8. 9. J. *de act.* (4. 6.)

(15) § 2. J. *de donat.* (2. 7.) L. 35. § 5. C. *eod.* (8. 54.) L. 6. C. *de dot. promiss.* (5. 11.) L. 25. C. *ad Sct. Vellej.* (4. 29.)

(16) L. 6. D. *de pact.* (2. 14.) § 1. J. *de obl.* (3. 13.). Intorno ai così detti contratti innominati, i quali io posso riguardare soltanto come patti produttivi di azione, veggasi appresso § 263.

(17) V. sopra § 170. Nota 15.

(18) § 28. J. *de act.* (4. 7.) L. 57. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 116. pr. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 3. C. *commun. utr. jud.* (3. 38.)

anche per l'adempimento di tal patto (19), mentre ne' stretto dritto i patti accessori sforniti delle debite forme cono mai altro che una *naturalis obligatio* (20), purchè attribuita un'azione per qualche altra cagione (21), e nascenti dalle *conventiones bonae fidei*, nel caso di annul contratto si estendono anche alla restituzione di ciò che si ed al risarcimento del danno (22), anzi anche alla rescissi tratto stesso, allorchè ve ne sia una legittima ragione

3.° *Contratti unilaterali* e *bilaterali*. Pei primi si obb contraente, sebbene in più casi possa sopraggiungere u *contraria*; pei secondi al contrario nascono due scambiev zioni, delle quali una è la condizione dell'altra (24), il ch avvenire altramente che per questo modo. Se qui, trattan che si sogliono misurare, numerare, o pesare, la contro non sia determinata a misura, *ad pedes mensurasve* etc. plesso, allora la convenzione chiamasi un *contractus p nem* (25).

2) *Forme de' contratti.*

A. Contractus verbis (*).

§ 230. Fra le due forme de'contratti il *contractus verbis*, chiede la presenza personale de' contraenti, consiste sen in ciò, che quando i medesimi si son messi di accordo, c

(19) L. 7. § 5. D. *de pact.* (2. 14.) L. 7. D. *de eo quod certo loco.* pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 13. C. *de pact.* (2. 3.)

(20) L. 3. C. *de usur.* (4. 32.)

(21) L. 24. D. *de praescr. verb.* (19. 5.) L. 1. D. *de eo quod certo l*

(22) L. 9. § 1. D. *de cond. ob. turp. caus.* (12. 5.) L. 6. § 1. D. *a* (18. 1.) L. 16. D. *de in diem. add.* (18. 2.) L. 4. D. *de lege commiss.* § 6. L. 13. § 7. D. *de act. empti.* (19. 1.) L. 2. C. *de rescind. vend.* C. *de pact. int. empt. et vend.* (4. 54.)

(23) L. 11. § 3. 5. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 23. D. *locati* (19. 2.) 4. § 4. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(24) L. 34. § 3. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(25) L. 35. § 5. 6. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 4. § 1. D. *de peri* 36. D. *locati* (19. 2.)

(*) *C. F. Muhlenbruch* Comm. histor. jurid. de vera orig. genuina vi a lationis. *Manhem.* 1805. 8.; *G. Garzynski* de orig. stipulat. *Vratisl* *Liebe* l. c.

ve divenir creditore interroga determinatamente l'altro se egli voglia prestare la tale o tal'altra cosa, e questi incontanente e senza restrizione gliel promette (1). Non importa di qual lingua si faccia uso (2), e non vi è un costante formolario nè per l' interrogazione, nè per la risposta; ma d' ordinario presso i Romani la prima cominciava con la parola *spondesne?* la seconda si esprimeva con la semplice parola *spondeo*. L' interrogazione addimandasi *stipulatio* e l' interrogante *stipulator*, la promessa poi *promissio*, ed il promettente *promissor*; nondimeno *stipulatio* frequentemente viene adoperato come sinonimo di *contractus verbis* per significar tutto il contratto. Mediante questa forma, che i Romani non di rado applicavano anche nelle convenzioni che di per se stesse avrebber prodotto azione (3), ogni convenzione obbligatoria, senza aver riguardo all' oggetto può elevarsi a *verborum obligatio*, cioè può rendersi produttiva di azione (4); soltanto è da notare che per le convenzioni bilaterali vi è mestieri di due stipulazioni una da ciascun lato (5). L' azione che ne risulta, *actio* s. *condictio ex stipulatu* è un' azione di stretto dritto, e per conseguenza tende esclusivamente alla prestazione promessa o al suo valore (6). Solamente, l'*actio ex stipulatu* nascente dalla stipulazione finta intorno alla restituzione della dote, come surrogato dell' antica *actio rei uxoriae*, secondo la speciale disposizione di Giustiniano, è di buona fede (7). Forse eravi l' uso che lo stipulante nel fare la stipulazione rompesse una piccola verga, *stipula* (8), ma secondo il dritto romano più recente ciò

(1) Caj. III. 92. seg.; pr. J. *de V. O.* (3. 15.) L. 1. L. 5. § 1. L. 53. D. *eod.* (45. 1) L. 1. § 7. D. *de O. et A.* (44. 7)

(2) § 1. J. *de V. O.* (3. 15.)

(3) L. 2. § 5. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 29. L. 52. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 6. § 1. L. 7. D. *de novat.* (46. 2.) L. 4. C. *de rer. perm.* (4. 64.)

(4) § 7. J. *de V. O.* (3. 15.) L. 3. pr. L. 5. pr. D. *eod.* (45. 1.)

(5) Caj. II. 252.

(6) Pr. J. *de V. O.* (3. 15.) § 29. J. *de act.* (4. 6.) L. 7. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 5. § 4. D. L. 6. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) L. 9. § 1. D. *de cond. ob. turp. caus.* (12. 5.) L. 1. L. 2. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.)

(7) L. un. § 2. C. *de rei ux. act.* (5. 13.) V. § 112.

(8) *Isidori* orig. v. 24. È veramente degno di riflessione che la rottura di una piccola verga nel contrarre trovasi come un antico uso Germanico (*Heineccii* elem. jur. germ. II. 12. § 335. *Unterholzner* nell' Arch. per la prat. civ. vol. IX. n. 26.), il quale uso Isidoro potè aver veduto presso i Visigoti nella Spagna; e che i Romani medesimi spiegano diversamente l' espressione *stipulatio*. Imperocchè Varrone de L. L. lib. IV. in fine fa derivare *stipulatio* e *stipendium* da *stips* danaro, e con lui sono anche d' accordo pr. J. *de V. O.* (3. 15.), e la L. 27. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.)

non è necessario più che l' intervento de' testimoni, o l' osservanza di altre formalità. Ma la cosa andava altrimenti nel tempo più antico, in cui era necessario far uso di testimoni (9), e adoperare le solennità della mancipazione, di tal che questa forma di contratto originariamente ricadeva anche sotto la nozione del *nexum* o *quod per aes et libram geritur* (10); se non che non era necessario che la mancipazione si facesse precisamente per cagione del contratto, giacchè anche in una mancipazione eseguita nel fine di trasferire la proprietà, o per altre ragioni, ciò che veniva stipulato per rapporto all' oggetto produceva azione (11), e su questo fondavasi l' *actio fiduciae* (12). Ma sarebbe per certo interamente contrario al vero il ritenere l' antico *contractus per aes et libram*, il quale ben per tempo cadde in disuso (13), come una forma di contratto del tutto diversa dal *contractus verbis*. Per ogni applicazione della mancipazione ci avea una determinata specie e maniera di dichiarare la volontà, *certa verba* (14), per conseguenza anche per la sua applicazione alle convenzioni obbligatorie, e nella stipulazione, o *contractus verbis* noi possiamo ravvisare soltanto i *certa verba* che si

(9) *Dion. Hal.* II. 75. V. § 229. Nota 11.

(10) Varrone de L. L. VII. 5. p. 100. ed. Bipont; Festo p. *Nexum*, *Nuncupata*; Cic. de Orat. III. 40.; Caj. III. 173-175. I passi di Varrone e di Festo sono veramente dubbiosi, ma l' applicazione della mancipazione alle convenzioni obbligatorie confermata da Cajo e Dionisio ne risulta nondimeno senza contrasto, e si creano delle difficoltà non necessarie quando si vuol restringere la mancipazione assolutamente ad un trasferimento di proprietà, o quando nell' antico *contractus per aes et libram* s. *per nexum* si vuol ritrovare una oppignorazione della propria persona, come se per questo mezzo l' obbligato fosse divenuto almeno condizionalmente *nexus* pel suo debito, mentre nelle fonti la servitù dei *nexi* non prende origine che da una nuova mancipazione fatta invece di pagamento. V. § 129, Nota 26. In quest' ultimo errore è caduto anche *Bachofen*, il *nexum*, Basel 1843.

(11) A ciò allude il: « *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto* » delle dodici Tavole; Festo p. *Nuncupata* Cic. de Off. I. 57., de leg. II. 20. Forse si riferisce anche qui la L. 48. D. *de pactis* (2. 14.) nella quale in luogo di *traditionibus* originariamente deve essere stato *mancipationibus*. Da Cic. de Off. III. 16. potrebbe forse dedursi che nell' azione nascente dal contratto *per aes et libram, lis infitiando crescebat in duplum*.

(12) Cic. de Off. III. 15. ad famil. VII. 12. pro Rosc. com. c. 6. pro Caecina c. 2., Caj. IV. 33. 62.; collat. X 2.

(13) Presso Varrone l. c. esso apparisce come un' antichità da lunga pezza andata in dissuetudine.

(14) Ulp. XIX. 3. Caj. I. 119. II. 104. Ma non è necessariamente da ammettersi che la domanda e la risposta nel *contractus per aes et libram* fosse formolata in un modo così semplice, come più tardi fu usato nella stipulazione, nella quale si tralasciava tutto il superfluo.

peravano nel *contractus per aes et libram*. Sicchè la stipulazio-
ion è altro che un residuo del *contractus per aes et libram* spogliato
e solennità della mancipazione, e da ciò si dichiara meglio quel suo
ne che deriva dal danaro *stips*, col quale nel *contractus per aes et*
am bisognava comperare il dritto (15). Oramai si potrebbe anche
rminare il principio che è servito di guida nella scelta delle *actio-*
es stricti juris. Tali sono le azioni per l'adempimento di un' obbli-
ione formata *per aes et libram* (16), e quindi l'*actio ex stipulatu* na-
ite dal contratto *per aes et libram*, e l'*actio ex testamento* pei legati,
chè anche i testamenti secondo il dritto antico si doveano formare
liante una mancipazione (17). Ma per li tempi antichi anche nel
tuum la mancipazione se non era necessaria era almeno frequente-
ite adoperata (18), e da ciò può esser derivato che i Romani anche
tardi talvolta univano al *mutuum* una espressa stipulazione (19).
questa ragione anche l' *actio mutui* fu annoverata tra le *actiones*
cti juris. Ciò di poi fu esteso alle *condictiones ex causa*, perchè
sle del pari che l' *actio mutui* tendono alla restituzione di cose
son passate in proprietà del debitore, e quindi provengono da una
ione somigliante al *mutuum* (20). Ed in fine fu esteso eziandio alla
dictio furtiva, ma in questo caso solo per ragioni di convenienza,
ne espressamente è riconosciuto (21). Non ci ha altre forme del *con-*

15) V. Nota 8.

16) È del tutto strano che l' *actio fiduciae* fosse un' *actio bonae fidei*. Ciò forse più
fu dedotto dal perchè il pretore nella formola dell' azione avea introdotto la frase
lt inter bonos bene agier oportet » Cic. de Offic. III. 15.

17) Dopo che Cajo III. 173. ha detto che l' *acceptilatio per aes et libram* si riferi-
alle *obligationes per aes et libram*, aggiunge di poi nel § 175. l' osservazione che
he del credito nascente da un legato vien fatta remissione per *aes et libram*, la qual
allude a questo che effettivamente il legato si considerava come un' *obligatio per*
et libram, avuto riguardo agli antichi testamenti *per aes et libram*, nei quali il lega-
i conteneva.

18) Festo p. *Nexum*: « Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et li-
n geritur, idque necti dicitur; quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi danto
io?) nexi liberanto (liberatio?) Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia quae per
um obligatur. »

19) L. 2. § 5. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 7. D. *de novat.* (46. 2.)

20) Caj. III. 91.; § 1. J. *quib. mod. re.* (3. 14.) § 6. J. *de obl. quae quasi ex*
ctr. (3. 27.) L. 5. § 3. D. *de O. et A.* (44. 7).

21) Caj. IV. 4.; § 14. J. *de act.* (4. 6.) L. 12. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.)
come pel furto non si trasmette la proprietà, così propriamente avrebbe potuto parlarsi
già di un *dare oportere*, ma sibbene di un *reddere*, il che appartiene al *facere* (§
7. Nota 4.)

tractus verbis oltre la stipulazione, a meno che non si voglia annoverare il *juramentum liberti*, il quale è al tutto speciale (si distinguono più maniere di stipulazioni (23), ciò non rigu loro essenza, ma solamente lo scopo e l' occasione.

B. *Contractus litteris* (*).

§ 231. Anticamente ogni cittadino Romano dovea tenere una di libro di cassa, in cui notava l' introito e l'esito del danaro, *domesticae*, o *tabulae* s. *codices accepti et expensi*; questo libro *sus* dovea esser mostrato ai Censori(1), ed anche in giudizio pot dersene la presentazione (2). Con ciò stava in relazione l' anti *tractus litteris* e la *literarum obligatio* che indi ne risultava. libri de' conti si notavano i nomi di quei che aveano dato o danaro, e però i danari dati in prestanza si trovavano segnati il creditore sotto il nome del debitore come *expensum*, e presso tore sotto il nome del creditore come *acceptum*(3), e le indicaz cordi de' libri si tenevano in questo rapporto per vere(4). Ma p sto mezzo non solo era assicurata la pruova di un prestito uscito dalla cassa, *arca*, del creditore, *arcarium nomen*, ma

(22) V. § 131. Nota 18. La *dotis dictio*, che si è riguardata eziandio come tratto verbale speciale, non era se non un *pactum* producente azione V. § 110. e 7. e § 266.

(23) Confr. specialmente L. 1. L. 2. D. *de stipulat. praetor.* (46. 5.)

(*) *Almendingen* nel Mag. per la giurisprudenza e legislazione vol. II. p. 1 *Unterholzner* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. I. n.9.: *Sav* l'aggiunta dell' Accad. Berl. 1816. p. 289. A. *Z. Haalo* de nom. oblig. Amst 8.; *Heise* e *Cropp* tratt. giurid. vol. I. n. 18.; *A. Wunderlich* de antiqua l Goett. 1832. 8.; *A. E. Endemann* Pr. de exc. non num. pec. Marb. 1832. 8 negli annali di *Sell* vol. I. n. 3.; *H. Schüler* la *liter. obl.* dell' antico dritto Breslau 1842. 8.

(1) Cic. de Orat. II. 23. pro Rosc. com. c. 1-5. pro Cluent. c. 14. 30. pro 7. in Verr. II. 1. c. 23. 39. II. 2. c. 70.; Ascon. ad Verrin. II. 1. c. 23. c. Il denaro che non trovavasi notato nei libri chiamavasi *pecunia extraordina* sospetto. Cic. pro Rosc. com. c. 1. pro Cluent c. 14. in Verr. II. 1. c. 70. Da *nes* propriamente dette si distinguevano gli *adversaria* come quelli che non era notamenti provvisori Cic. pro Rosc. com. c. 2. 3. Del resto per la tenuta di q si solevano avere degli schiavi particolari, *rationales*.

(2) Cic. pro Rosc. com. c. 1. pro Coelio c. 7.

(3) Cic. in Verr. II. 1. c. 36. 39. 40. de Offic. III. 14. ad Attic. IV. 18. de benefic. III. 15.; Caj. III. 132-133.

(4) Cic. pro Rosc. com. c. 1. in Verr. II. 1. c. 49.; Gell. XIV. 2.

possibilità, di trasformare in una *litterarum obligatio* ogni
di una somma di danaro (5), ed in generale ogni debito di da-
rivendo nel libro di conti come prestata la somma, che si do-
allora chiamavasi *transcriptitium nomen*, in ciò si conteneva
di un *mutuum*, e per conseguenza ne risultava anche un'*actio*
resto, ciò che fa maraviglia è che questo si potea fare senza
del debitore (6).(a) Sotto gl' Imperatori questa tenuta ge-
bri di conto andò in disuso, e quindi scomparve anche inte-
contractus litteris (7), sebbene per quei che tenevano siffatti
uasse l'obbligo di presentarli in giudizio (8). Nondimeno
no tuttavia alcune istituzioni affini, le quali in parte si tro-
ra nel dritto di Giustiniano.

ensae scriptura (9), cioè i registri de' cambiatori di danaro
, *argentarii*, *mensarii*, *nummularii* (10), relativi alle loro
pecuniarie (11). I libri di conto *rationes*, che queste perso-
tenere (12), fanno piena pruova de' debiti quivi notati non
gli *argentarii* medesimi, ma anche tra altre persone, al-
ste ben conchiuso un affare obbligatorio con la mediazione

I. 131.
I. 129. 130. 137. 138.; Cic. ad Att. IV. 18. pro Rosc. com. c. 5. de Of-
Valer. Max. VIII. 2. § 2.; Theoph. III. 21. pr.
l. c.; § un. J. *de liter. obl.* (3. 21.)
3. D. *de edendo* (2. 13.) L. 5-8. C. *eod.* (2. 1.)
dingen l. c. vol. I. p. 310. seg.; *W. Th. Kraut* de argentar. Goett.

ressione *argentarius* più specialmente viene adoperata pei banchieri propria-
Mensarius e *Nummularius* si dice più ordinariamente dei semplici cam-
§ 2. D. *de edendo* (2. 13.) L. 47. § 1. D. *de pact.* (2. 14.); *Sueton.* in
Festo p. *Mensarius*; *Kraut* l. c. cap. 1. 3. Del resto furono anche chia-
ii gli agenti che il Senato talvolta stabiliva per far delle anticipazioni ai cit-
ari del Tesoro per ravvivare il credito, ed anche per altri affari. Liv. VII.
31. XXIV. 18. XXVI. 36.; Cic. pro Flacco c. 19.
§ 3. 6. L. 9. § 2. D. *de edendo* (2. 13.) L. 47. § 1. D. *de pact.* (2. 14.);
ina c. 6.; Plin. H. N. II. 7. (5.); *Kraut* l. c. cap. 7.
§ 1. L. 9. § 2. L. 10. § 1. D. *de edendo* (2. 13.)
dubbio l'iscrizione del *nomen* dovea esser preceduta dall'ordine o dal con-
bligato; ma il contratto *literis* a differenza del contratto *verbis* poteva farsi
quindi il creditore anche senza l'assistenza dell'altra parte, e senza testimoni
ere il credito. E d'ordinario forse così avveniva; giacchè il creditore prima
credito sul suo quaderno mensuale (*adversaria*) il che non formava per
gazione, e dipoi quando ne avea l'agio, lo trascriveva sul *codex*. Nota del

di un *argentarius* e l' han fatto notare nel suo registro (1
quegli che per la pruova di un' obbligazione ha bisogno
l' *argentarius*, dopo prestato il giuramento della calunn
chiedere l' esibizione de' medesimi (15), e se questa non
può nel termine di un anno agire pel risarcimento d
ressi (16).

2.° La *querela* ed *exceptio non numeratae pecuniae et*
bene ne' contratti reali non si generi l'obbligazione che per l
segna della cosa (18), pure allorchè si è distesa una scrittu
chirographum, secondo la regola che i titoli sempre fan p
loro autori (19), la consegna si dee ritener come avvenut
che ha formato la scrittura non provi il contrario, sia che
difenda contro la pretensione con l' *exceptio doli*, sia ch
restituzione della scrittura con la *condictio sine causa* s.
Solamente, si richiede ancora che la scrittura contenga e
la causa del debito, la *causa debendi*, altrimenti essa è
valida (21). Intanto diversi principi sono ammessi 1) ne
quale la scrittura immediatamente non prova nulla. Qua
l' azione sul fondamento della scrittura non solamente
l' *exceptio doli*, la quale qui ha il nome speciale di *excep*
ratae pecuniae, per sostenere che il preteso danaro o
stato prestato, o solo in parte, il che porta la conseguen
debba provar per altra via il fondamento del debito (22),
dio sulla medesima ragione e col medesimo effetto inten
ctio sine causa per la restituzione della scrittura, la q
questo caso prende il nome di *querela non numeratae*

(13) Cic. pro Caecina c. 6.: Gell. XIV. 2.; L. 6. § 3. L. 9. §
D. *eod.* L. 9. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 27. § 1. D. *de furt.* (47.

(14) L. 6. § 2. L. 9. § 3. D. *de edendo* (2. 13.)

(15) L. 4-13. D. *eod.*; *Kraut* l. c. cap. 8.

(16) L. 6. § 4. L. 8. L. 10. § 3. L. 13. D. *eod.*

(17) *Fr. Majer* de vera exc. non num. pec. indole Wirceb. 1817.;
per la prat. civ. vol. IV. n. 9.; *Unterholzner* quivi vol. VII. n. 1.;

(18) V. § 229. Nota 7.

(19) V. § 75. Nota 20.

(20) L. 26. § 2. D. *depos.* (16. 3.) L. 31. D. *de cond. ind.* (12.
(4. 5.) Confr. L. 2. § 2. 3. D. *de donat.* (39. 5.) L. 7. D. *de dol*

(21) L. 25. § 4. D. *de probat.* (22. 3.)

(22) L. 2. L. 3. L. 9. L. 10. C. *de non num. pec.* (4. 30.) L. 2
(17. 1.)

(23) L. 4. L. 7. L. 10. C. *de non num. pec.* (4. 30.)

ale ancora allorchè vien rivendicata una cosa data in pe-
eteso debito, sostenendosi che si è dato senza ragio-
he questo singolare principio di dritto, del quale la pri-
si fatta menzione nelle Costituzioni di Settimio Severo e
abbia avuto origine da una falsa applicazione della rego-
a non è tenuto a provare (26). È indifferente se la scrittura
o di altro cose fungibili (27), se sia giurata o no (28),
abilisca il prestito come una trasformazione di qualche
9). Questo dritto conceduto all' autore della scrittura,
redi o fidejussori (30) compete eziandio a' suoi creditori
corso (31). Ma se vien fornita la pruova del prestito, al-
ella ingiusta negazione dovrà pagarsi il doppio, secondo
o da Giustiniano, eccetto il caso che la pruova sia fatta
iuramento deferito (32), e riconosciuta una volta la ve-
tura cessa tanto l' *exceptio*, quanto la *querela non nu-
iae* (33). Oltre a ciò questi due mezzi di dritto sono an-
un certo spazio di tempo, che da prima era di cinque
oi da Giustiniano fu ridotto a due (34). Nondimeno que-
ne, allorchè il possessore della scrittura non si possa tro-
are impedita mediante una protesta giudiziaria (35), e

od.

. *cod.* Fa meraviglia come un Rescritto di Caracalla possa ancora im-
la pruova all' autore della scrittura L. 1. C. *de condict. ob. turp. caus.*
che siasi contemplato il caso in cui la scrittura sia impugnata non tanto
cevuto il denaro, quanto perchè tutto il debito provenuto da qualche i-
ne sia stato simulato, e forse soltanto dopo che l' *exceptio non numera-*
i prescritta.

cod. La regola menzionata nel testo qui non è adattata, imperocchè
dità di un affare, cioè della scrittura (§ 75. Nota 7.), e se essa qui fos-
rebbe con egual ragione applicarsi anche negli altri contratti reali. Da
III. 134. si potrebbe forse dedurre che l' *exceptio non numeratae pe-*
in prestito dai Greci; ma egli è incerto se Cajo avesse già conosciuto

§ 1. C. *cod.*
cod.
cod. Non si oppone la L. 13. C. *cod.*
12. L. 15. C. *cod.*
cod.
c. 8.
od.
. C. *cod.*; Theoph. III. 21. § 1.
4. C. *cod.*

non ha affatto luogo contro i minori (36). Ancora è da nota
scrizione non impedisce che la scrittura si possa impugna
gione che sia stata fatta per una causa turpe (37). Per c
termine sia trascorso senza impugnare la scrittura, allo
sore in compenso di essere stato il suo titolo lungament
probatoria, ottiene che colui il quale ha rilasciata la scri
successori sieno dipoi assolutamente tenuti in forza della
che sia vera o no (38), cosicchè essi non possono più nep
la pruova del contrario (39), supponendo però che la sc
galmente fatta (40). Ma questo diritto speciale mentre no
cazione negli altri contratti reali (41), è stato però 2)
alla *Dos*, allorchè il marito ha rilasciato una scrittura
averla ricevuta, il che trovasi egualmente per la prima
Costituzione di Settimio Severo e Caracalla (42). Il tempo
ptio e *querela non numeratae dotis* probabilmente prima d
durava fino a due anni dopo lo scioglimento del matrimo
stiniano avendolo da prima ridotto ad un anno (43) fece in
altre disposizioni che in tutto si allontanarono dall' an
Cioè, decorsi dieci anni dalla celebrazione del matrimon
permesso di negare la ricevuta della dote contro una sc
la comprovi; fino a questo termine per verità, se dura tu
trimonio, è sempre ammessa la negazione, ma, nel caso
monio venga a sciogliersi prima che il termine sia decorso
fare delle distinzioni. Cioè se il matrimonio non è durat
anni, la ricevuta della dote può negarsi, anche durante u
e se ha durato oltre a due anni, può negarsi per altri t
Nel resto tutto procede come nella *exceptio* e *querela no*
pecuniae (45).

3.° Le *Syngraphae*. Fu usanza de' Greci, ricevuta però a

(36) L. 5. C. *in quib. caus. in integr. rest. nec. non est* (2. 41.)

(37) L. 1. C. *de cond. ob. turp. caus.* (4. 7.) Confr. Nota 25.

(38) § un. J. *de lit. obl.* (3.21.); Theoph III. 21. § 1.; L. 8. C. *de*
(4. 30.)

(39) L. 14. § 3. C. *eod.*

(40) Nov. 73. c. 2.

(41) Non si oppone la L. 14. pr. § 1. 4. C. *eod.*

(42) L. 1. C. *de dote cauta non num.* (5. 15.)

(43) L. 3. C. *eod.*

(44) Nov. 100.

(45) L. 14. § 4. C. *de non num. pec.* (4. 30.)

meno per rapporto a' Peregrini, che si distendessero due esemla scrittura di obbligo, sottoscritti dalle due parti, e de' quali de' contraenti ne riteneva uno. Siffatte scritture in doppio si ano *syngraphae*, e per queste era esclusa la *exceptio non numeratae pecuniae*, mentre il debito in esse indicato era tenuto assoluper vero (46). Le *syngraphae* con l'effetto che abbiam notato no ricevute nel dritto Romano; imperocchè sebbene Giustiusa uso di questa espressione, pure egli o intende per esse le scritture di obbligazione, o almeno a queste le agguaglia (47).

3) *Requisiti* (*).

A. Per rispetto a' contraenti.

2. Come in tutti gli affari giuridici, così pure nelle convenzioni orie di ogni maniera la validità è subordinata alla condizione pacità delle persone contraenti. Sono poi incapaci:
'utti coloro a' quali la conchiusione di un contratto o asente (1), o sotto alcune circostanze (2) è per legge in-;
utti coloro a' quali manca la determinazione di volontà neces-contrarre. 1) Sono per questo riguardo interamente esclusi rarre A. i fanciulli al di sotto di 7 anni (3), B. i pazzi, eccetto i intervalli (4), e C. coloro ai quali nel tempo del contratto libero uso della ragione per circostanze temporanee, come

con. ad Cic. in Verr. II. 1. c. 36. Caj. III. 134. Confr. con Cic. in Verr 6. ad Attic. v. 21. pr. domo c. 50. de harusp. resp. c. 13.
v. 18. c. 8. Nov. 121. c. 2.
onti principali per questa teorica sono i titoli *de verborum obligationibus*, ne i forma generale dei contratti sono rannodati anche i principii generali sulle conbbligatorie, mentre i titoli *de pactis* trattano piuttosto delle convenzioni d'ogni

16. *D. de contr. empt.* (18. 1.) L. 50. D. *locati* (19. 2.) L. 31. L. 35. C. 5.) L. 30. C. *eod.* L. 49. D. *eod.* L. 1. § 9-12. D. *de lege corn. de fals.* L. 10. C. *ne tutor.* (5. 41.) L. 62. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 46. § 2. *fisci* (49. 14.) L. 9. pr. D. *de re mil.* (49. 16.) Nov. 123. c. 6.
3. D. *de extraord. cogn.* (50. 13.) L. 9. C. *de prof. et med.* (10. 52.)
70. D. *de V. O.* (45. 1.) § 10. J. *de inut. stip.* (3. 19.)
. J. *eod.* L. 1. § 12. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 70. § 4. D. *de fidejuss.* . 2. C. *de contr. empt.* (4. 38.)

sarebbe a dire l' ebbrezza , l' ira violenta , ed altre simili
Que' che son dichiarati prodighi possono per verità valida
trarre allorchè per la convenzione acquistano un dritto ,
trario i loro contratti così bilaterali , come unilaterali son
nulli tostochè ne risulti per essi un' obbligazione (6). 3)
i quali hanno oltrepassati gli anni dell' infanzia, finchè sta
patria potestà, sono assomigliati agl' infanti, e non posson
neppur con l' approvazione del padre (7) , ma se sono sui
tratti da essi conchiusi con l' autorità del tutore son pien
di (8), mentre pei contratti, che avesser fatti senza l'interv
tore , son da fare delle distinzioni : A. Se la convenzione
semplicemente un diritto pel pupillo , essa è assolutament
per contrario B. se stabilisce soltanto un'obbligazione pel p
che egli d'altra parte ne tragga un vantaggio, è al tutto vôta d
C. Da ultimo se per la convenzione , o in conseguenza dell
il pupillo ottiene qualche cosa , per ragione della quale si
lora per regola egli non è tenuto in guisa da poter essere c
via di azione all' adempimento , *civiliter* (11) , ma nondi
sulta dal suo lato una *naturalis obligatio* (12) , il che se
ha luogo a) allorchè il pupillo conchiude un contratto re
allorchè fa una novazione di un suo proprio debito , per

(5) L. 48. D. *de R. J.* (50. 17.) ; *Gluck* Sistem. dichiar. delle Pan
288.; *Seuffert* Spiegazioni I. 13.

(6) L. 26. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 10. pr. D. *de cur. fur.* (27
de V. O. (45. 1.) L. 3. D. *de novat.* (46. 2.)

(7) L. 141. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.). Intanto il padre medesimo
approvazione restare obbligato. Arg. § 4. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L.
minor. (4. 4.) L. 1. § 6. L. 5. pr. D. *quod jussu* (15. 4.) Confr. L.
pecul. (15. 1.)

(8) Pr. J. *de auct. tut.* (1. 21.) § 9. 10. J. *de inut. stip.* (3. 19.
D. *de act. empti* (19. 1.) L. 9. D. *de auct. tut.* (26. 8.). Potrebbe q
Cajo III. 109., che nei tempi antichi gl' *infantiae proximi* egualmente
non potevano contrarre neppure *auctoritate tutoris.*

(9) § 1. J. *eod.* § 9. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 9. pr. D. *de nov*
7. C. *de contr. empt.* (4. 38.)

(10) § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 41. D. *de cond. ind.*
pr. D. *de minor.* (4. 4.) L. 8. pr. D. *de adq. hered.* (29. 2.)

(11) L. 43. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(12) L. 5. pr. D. *de auct. tut.* (26. 8.) L. 42. pr. D. *de jurejur.* (1
D. *de V. O.* (45. 1.)

(13) L. 13. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 5. pr. D. *de auct. tu*
21. pr. D. *ad leg. Falcid.* (35. 2.) L. 64. pr. D. *ad Sct. Trebell.* (36.

tempo stesso si libera da questo debito (14), e c) allorchè fa un contratto bilaterale, pel quale immediatamente solo il pupillo acquista un diritto; giacchè qui vale il principio che *impubes obligat*, *non autem ipse obligatur*, ma nondimeno tostochè egli ha ricevuto ed accettato la prestazione dell' altro contraente, ne nasce anche per lui una *naturalis obligatio* (15). Intanto Antonino Pio andò anche più innanzi, e pei casi indicati sotto la lettera C. dispose, che, in quanto dal contratto ne sia effettualmente seguito un arricchimento del pupillo, e questo esista tuttora, sia permesso anche di intentar contro il medesimo un' azione per l'adempimento dell' obbligazione da lui assunta (16). 4) Finchè fu in voga la tutela perpetua sulle donne, i medesimi principi valsero eziandio pe' contratti delle donne (17); ma dopo l' abolizione di quella tutela, le donne che son giunte alla pubertà stanno per questo rapporto nella medesima condizione de' maschi (18). Per quel che riguarda i minori in senso stretto, costoro come capaci di volontà possono mediante contratti obbligarsi nello stesso modo che i maggiori (19), e però non dalla mancanza di volontà ma da altre ragioni dipende che essi nè per via di convenzioni obbligatorie nè per altra guisa non possano disporre del loro *peculium adventitium regulare* senza il consenso del padre (20), non possano disporre del loro patrimonio amministrato da un curatore, senza il consenso di costui (21), e non possa-

1. D. *quando dies* (36. 2.) L. 4. § 4. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 44. L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.). Il Giureconsulto Licinio Rufino ed alcuni altri non volevano veramente riconoscer qui alcuna *obligatio naturalis* L. 59. D. *de O. et A.* (44. 7.) Caj. III. 91.; ma l' opinione opposta, come da quei passi si può raccogliere, era la *recepta sententia*. *Weber* della natur. obl. § 71.; *Gluck* l. c. p. 62. seg.

(14) L. 1. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) Caj. III. 176. Confr. con § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.)

(15) § 1. J. *de auct. tut.* (1. 21.) L. 1. D. *de rescind. vend.* (18. 5.) L. 13. § 29. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 5. § 1. D. *de auct. tut.* (26. 8.) L. 4. § 4. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(16) L. 5. pr. D. *de auct. tut.* (26 8.) L. 3. pr. D. *commod.* (13. 6.) L. 9. L. 10. D. *de instit. act.* (14. 3.) L. 1. § 15. D. *depositi* (16. 3.) L. 3. § 4. L. 34. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(17) Caj. I. 192. III. 91. 108. 176.

(18) Formano un' eccezione soltanto i contratti d' intercessione. V. § 271.

(19) L. 43. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 101. L. 141. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 7. C. *de contr. et comm. stip.* (8. 38.). Di altra opinione sono *Weber* l. c. § 72. *Gluck* l. c. p. 83. seg. Veggasi al contrario *Marezoll* nel giornale pel dritto e la procedura civile vol. II. p. 374. seg.

(20) L. 8. § 5. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(21) L. 3. C. *de in integr. rest.* (2. 22.)

no alienare gl' immobili, neppure se abbiano ottenuta
tatis (22).

B. Per rispetto al contenuto ed all' oggetto.

§ 233. Un secondo requisito della validità delle convenzio
torie è che anche il contenuto e l'oggetto delle medesime a
qualità che la natura della convenzione, o disposizioni posit
richieggono. I principali principi sotto questo rapporto sono
1.° Che i contraenti obblighino sè medesimi e non già altri (1
la promessa che un terzo debba prestare qualche cosa, *promis
lieni* è assolutamente nulla (2), solo è a por mente che non s'
mettere per un terzo, ma che invece il promettente stesso
allorchè A. alcuno promette di fare che un terzo eseguisca q
razione, nel qual caso egli dee procurare il fatto del terzo ov
ciò che all' altro interessa che la cosa fosse fatta (3) B. allor
messa riguarda certe tali prestazioni di un terzo, che il pr
ha diritto di comandargli, nel qual caso vale il medesimo (4
lorchè si è soltanto promessa una pena convenzionale pel c
terzo non voglia prestare qualche cosa (5). Ma 2) è dal p
la convenzione per la quale alcuno pattuisce che si faccia
zione ad un terzo (6), il che però non si applica allorchè egl
ha interesse che la prestazione si faccia (7), ovvero allorchè

(22) L. 3. C. *de his qui ven. aet.* (2. 43.)

(1) Caj. III. 100.; § 3. 4. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 11. D. *de O*
7.) Nov. 115. c. 6.

(2) § 3. 21. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 5. § 4. D. *de const. pec.* (1
pr. L. 83. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 65. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(3) L. 14. § 2. D. *de const. pec.* (13. 5.) L. 38. § 24. L. 81. D. *de*
L. 18. L. 19. D. *rat. rem. hab.* (46. 8.)

(4) L. 37. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 26. § 12. D. *de cond. ind.* (12. 6.
usu legato (33. 2.) L. 9. L. 37. § 4. D. *de op. lib.* (38. 1.) L. 11. C. *d*
(7. 14.)

(5) § 21. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 38. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.)

(6) § 4. 19. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 5 § 5. D. *de const. pec.* (
§ 17. L. 97. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 73. § 4. D. *de R. J.* (50. 1
si quis alteri vel sibi (4. 50.) L. 26. C. *de jure dot.* (5. 12.). I Procul
vano che val esse neppur quando alcuno avesse stipulato che si dovesse pre
ad un terzo. Caj. III. 103.

(7) L. 38. § 20-23. L. 56. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) § 20. J. *d*
(3. 19.)

lato per sè medesimo una pena convenzionale pel caso che la prestazione non si adempia (8). Intanto la predetta regola patisce alcune vere eccezioni, che ci si presenteranno in altra occasione (9).

2.° La convenzione deve anche aver lo scopo di legare effettivamente le parti, e quindi di escludere il loro arbitrio. Per siffatta ragione è nulla la convenzione, 1) allorchè direttamente (10) si lascia all'arbitrio de'contraenti di osservarla o no (11), o allorchè 2) la cosa da prestarsi vien rimessa all' arbitrio di uno de' contraenti (12).

3. Inoltre il contenuto e l' oggetto della convenzione debb' esser siffattamente determinato da non lasciare veruna incertezza, il toglier la quale dovesse dipendere dal puro arbitrio (13). Per certo basta una determinazione relativa o per via di paragone, se per tal mezzo possa con sicurezza dedursi ciò che si dee prestare (14), e per questo si ammette anche che si conceda un dritto di scelta tra più prestazioni (15), e per riguardo a quei tali punti, che dalle altre disposizioni contenute nel contratto possono esser determinati in un modo che secondo i principî di equità corrisponda allo scopo della convenzione, si può anche permettere un'equa estimazione *arbitrium boni viri* tanto ad uno de' contraenti medesimi al che si riferisce anche il caso che il creditore si abbia riserbato un dritto di approvazione (16), quanto ad un terzo (17), che debb' essere indicato incontanente, e la cui morte o rifiuto fa cadere la convenzione (18); giacchè in questi casi il rimettersi all' equità contiene in sè una certa regola di determinazione, la quale

(8) § 9. J. *eod.* L. 38. § 17. D. *de V. O.* (45. 1.)

(9) V. appresso § 250. 251.

(10) Si può fare indirettamente mediante l' aggiunzione di una condizione potestativa (§ 238.), ovvero di un *pactum displicentiae* (§ 245.)

(11) L. 7. pr. L. 35. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 8. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 46. § 3. L. 108. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 13. C. *de contr. empt.* (4. 38.)

(12) L. 35. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 17. D. *de V. O.* (45. 1.)

(13) Cfr. *Thomasius* de promiss. rei incertae (Diss. acad. T. IV, n. 112.)

(14) L. 7. § 1. L. 37. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 74. L. 75. § 6. D. *de V. O.* (45. 1.)

(15) V. § 217.

(16) L. 77. D. *pro socio* (17. 2.) L. 4. D. *de peric.* (18. 6.) L. 24. pr. L. 30. D. *locati* (19. 2.) L. 22. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.)

(17) L. 6. L. 76-80. D. *pro socio* (17. 2.) L. 7. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 24. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 3. C. *de dol. promiss.* (5. 11.)

(18) § 1. J. *de empt. vend.* (3. 24.) L. 75. D. *pro socio* (17. 2.) L. 6. pr. D. *de condit.* (35. 1.) L. 43. L. 44. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 15. C. *de contr. empt.* (4. 38)

in caso di necessità dà anche al giudice la possibilità di correggere una determinazione ingiusta, *reductio ad arbitrium boni viri* (19). Per contrario la convenzione non può sussistere allorchè non si può scorgere 1) qual convenzione si abbia avuto in mente di fare (20), 2) che cosa propriamente debba esser prestata (21), 3) qual quantità si debba dare, se importa di determinar la quantità (22), o 4) dove e quando si debba eseguire l'obbligazione, se è importante di determinare il luogo ed il tempo della prestazione (23).

4.° La promessa non dee cader sopra un oggetto impossibile (24), presupposto che l'impossibilità sia obbiettiva, giacchè una semplice impossibilità subbiettiva pel debitore l'obbliga a prestare il valore (25).

5.° Parimente la convenzione non dee contener nulla di illecito (26), il che, prescindendo da una moltitudine di convenzioni spezialmente riprovate (27), le quali s'indicheranno ne' luoghi ove l'ordine della materia richiede che se ne parli, si verifica sempre allorchè la convenzione mira direttamente a qualche cosa d'illecito o immorale (28), o anche solo invita a tentar qualche cosa di somigliante (29).

(19) L. 76-80. D. *pro socio* (17. 2.) L. 24. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 30. pr. D. *de op. lib.* (38. 1.)

(20) L. 80. § 3. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(21) L. 75. § 1. 2. L. 94. D. *de V. O.* (45. 1.)

(22) L. 94. D. cit. Una singolare eccezione forma qui la *dotis promissio* L. 69. § 4. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 3. C. *de dot. prom.* (5. 11.)

(23) L. 115. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 2. § 5. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.); Caj. III. § 100.

(24) L. 185. D. *de R. J.* (50. 17.). « *Impossibilium nulla obligatio.* » L. 31. L. 135. L. 188. § 1. D. *eod.* L. 35. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) § 1. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 1. § 9. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(25) L. 137. § 4. 5. D. *de V. O.* (45. 1.)

(26) L. 35. § 1. D. *eod.* L. 5. C. *de legib.* (1. 4.) L. 6. C. *de pact.* (2. 3.)

(27) L. 1. C. *de alcator.* (3. 43.) L. 2. § 1. D. *quar. rer. act. non dat.* (44. 5.) L. 2. C. *de inut. stip.* (8. 39.) L. 19. L. 134. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 1. L. 2. C. *ne fidejuss. dot. dent.* (5. 20.) L. 9. C. *de prof. et med.* (10. 52.) L. 5. C. *de postulando* (2. 6.)

(28) § 24. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 6. § 3. L. 22. § 6. D. *mand.* (17. 1.) L. 35. § 2. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 57. D. *pro socio* (17. 2.) L. 7. § 3. D. *de op. lib.* (38. 1.) L. 26. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 123. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 70. § 5. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 6. C. *de pact.* (2. 3.)

(29) L. 27. § 3. 4. D. *de pact.* (2. 14.) L. 17. pr. D. *commod.* (13. 6.) L. 1. § 7. D. *depos.* (16. 3.) L. 6. pr. § 1. D. *de pact. dot.* (23. 4.) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.)

anzi tale si ritiene anche il caso della promessa di una ricompensa pattuita per astenersi da qualche malvagia azione (30).

6. Da ultimo le convenzioni che han per oggetto le cose presuppongono per regola 1) che queste cose esistano, sieno in commercio, e possano essere alienate; 2) che colui che dee conseguirle possa anche averle, e 3) che esse non gli appartengano di già. Pertanto i più ampi particolari intorno a ciò possono convenevolmente riserbarsi alla teoria dell'errore, il quale d'ordinario incontrasi ne' contratti in cui manca alcuno di questi requisiti (31). Se la cosa non appartiene a colui che col contratto ne dispone, ciò in generale non nuoce alla validità del medesimo (32), eccetto quando alcuno scientemente si fa promettere dal possessore una cosa rubata, o che questi medesimo sia il ladro o no (33).

C. Per rispetto alla volontà, ed alla dichiarazione della medesima.

§. 234. Parecchi requisiti generali delle convenzioni obbligatorie riguardano la volontà de' contraenti. Questa debb' essere:

1.° Seria; e però una convenzione conchiusa solamente per ischerzo non ha alcun effetto (1), e lo stesso è per le convenzioni di semplice apparenza, *contractus simulati* (2), dal che però segue di per sè stesso che, allorchè sotto un contratto simulato si nasconde un altro contratto, la simulazione non nuoce (3) nè giova a questo (4).

2.° Di più è mestieri che la volontà non sia poggiata sopra un errore essenziale (5).

3.° Inoltre il consenso de' contraenti debb' esser già definitivamente fermato, giacchè solo allora si può dire con ragione che vi sia quel vero accordo di volontà che forma l'essenza di ogni contratto (6). Per con-

(30) L. 7. § 3. D. *de pact.* (2. 14.) L. 2. D. *de cond. ob. turp. caus.* (12. 5.)
(31) V. § 235.
(32) L. 15. L. 16. D. *commod.* (13. 6.) L. 31. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L. 28. L. 34. § 3. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 38. § 4. D. *de V. O.* (45. 1.)
(33) L. 34. § 3. D. *de contr. empt.* (18. 1.)
(1) L. 55. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 3. § 2. D. *de O. et A.* (44. 7.)
(2) L. 54. D. *eod.* L. 55. D. *de solut.* (46. 3.) L. 1. C. *plus. valere quod agitur.* (4. 22.)
(3) L. 9. C. *de contr. empt.* (4. 38.) L. 5. L. 6. C. *si quis alteri vel sibi* (4. 50.) L. 3. C. *plus val. quod. ag.* (4. 22.)
(4) L. 2. L. 4. C. *eod.* L. 17. C. *ad Sct. Vellej.* (4. 29.)
(5) V. § 235.
(6) L. 1. § 2. 3. D. *de pact.* (2. 14.)

seguenza una semplice trattativa non lega, ma piuttosto u
o un' offerta, finchè non sia accettata, può esser rivocat
nisce da sè stessa per la morte del proponente (7), e q
punti sui quali si è di accordo, finchè tutta la convenzi
compiuta, non possono avere alcuna forza obbligatoria
pieno essi già ridotti in iscritto, come i così detti *appun*
ha come un segno del pieno accordo la caparra che uno d
dà all'altro, *arrha* (8), nella quale si contiene nel tempo
pegno per l' osservanza della convenzione. Imperocchè sel
parra, quando il contratto viene eseguito, o vien discio
restituire o imputare sulla prestazione di chi l' ha data (9)
dimeno vien perduta dal medesimo, allorchè egli perde p
i dritti che gli provengono dal contratto (10), ovvero si r
tro o che abbia o no la facoltà di così fare (11). Forse l'us
una caparra è provenuta dalla mancipazione: essa però
mai necessaria (12), e neppure è d' uopo che consista p
in danaro (13).

4.° Da ultimo la volontà debb'esser sufficientemente dic
lorchè la cosa dipende dalle forme, si dee anche osservar
a queste forme appartiene, e per questa ragione i sordi e
incapaci di stipulare (14). Nondimeno la mancanza o l' im
plicazione della forma Romana de' contratti ha solament
l' esclusione dell' azione per costringere all' adempimento
venzione produce non pertanto un' obbligazione naturale
cosa va altramente 1) allorchè la legge ha prescritto delle
per le convenzioni obbligatorie (16), giacchè la mancanza

(7) L. 2. § 6. L. 10. D. *de donat*, (39. 5.) L. 4. pr. D. *de manum*
(8) Pr. J. *de empt. vend.* (3. 23.) L. 35. pr. D. *de contr. empt.* (1
(9) L. 8. D. *de lege commis.* (18. 3.) L. 11. § 6. D. *de act. empti*
quando lic. ab empt. disced. (4. 45.) L. 5. § 15. D: *de inst. act.* (1
(10) L. 6. pr. D. *de lege commis.* (18. 3.)
(11) Pr. J. *de empt. vend.* (3. 23.) L. 17. C. *de fide instrum.* (4.
C. *de sponsal.* (5. 1.)
(12) L. 35. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.)
(13) L. 11. § 6. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 2. C. *quando lic.*
(4. 45.) L. 5. § 15. D. *de inst. act.* (13. 7.)
(14) L. 1. § 14. 15. D. *de O. et A.* (44. 7.)
(15) V. § 229. Nota 13.
(16) L. 7. pr. § 1-3. D. *de op. lib.* (38. 1.) L. un. § 2. C. *de suff*
1-5. C. *de fide et jure hast. fisc.* (10. 3.) L. 3. C. *si adv. fisc.* (2. 37
locat. praed. civ. (11. 70.) Nov. 120. c. 5. 6.

forme priva la convenzione di qualunque forza obbligatoria ; o 2) allorchè i contraenti spontaneamente han convenuto di adoperar certe forme ed in ispezialità la compilazione di una scrittura, nel qual caso, secondo la disposizione di Giustiniano la convenzione non diviene obbligatoria, se non dopo l' adempimento di queste tali forme (17). In tutte le convenzioni che non son legate a certe determinate forme, la manifestazione della volontà può seguire anche tacitamente per via d' indizi, e tra assenti, per via di lettere o di messi (18), ma sempre è necessario che possa con sicurezza intendersi la volontà ; solo è a por mente che l'oscurità o l' ambiguità ne' punti secondari non nuoce alla validità del contratto, ma s'interpetra contro colui che era tenuto a spiegarsi più chiaramente, e tali sono nella compra e nella locazione il venditore ed il locatore (19). Se si contrae tra assenti per mezzo di procuratori; la convenzione si vuol ritenere come perfetta ed obbligatoria subitochè il procuratore ha conchiuso il contratto, imperocchè ne' contratti la scienza di costui è sufficiente (20) ; ma avviene il contrario allorchè si tratta per lettere o per messi, imperocchè allora il contratto non si ha per perfetto; se non quando si è fatto noto al proponente che la sua offerta sia stata accettata, e per conseguenza quando ambo le parti sanno che esse sono di accordo (21).

4) *Influenza* :

A. Dell' errore (*).

§ 235. S' intende da sè che i vizi generali degli affari giuridici producono anche qui i loro effetti dannosi. Il vizio più comune delle convenzioni obbligatorie è l' errore , il quale in generale esclude un vero

(17) L. 17. C. *de fide instrum.* (4. 21.) pr. J. *de empt.* (3. 23.)

(18) L. 2. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 4. pr. D. *pro socio* (17. 2.) L. 2. § 2. L. 52. § 10. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(19) L. 39. D. *de pact.* (2. 14.) L. 21. L. 33. L. 34. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 38. § 18. L. 99. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 172. pr. D. *de R. J.* (50. 17.)

(20) L. 16. § 3. L. 22. § 5. D. *de liber. causa* (40. 12.). Paolo veramente dice il contrario nella L. 17. D. *eod.*

(21) Arg. L. 4. pr. D. *de man. test.* (40. 2.) L. 55. L. 61. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7). Di altra opinione è Wening Ingenheim nell' Arch. per la prat. civ. vol. II. n. 25. In contrario veggasi Hasse nel Museo Renano vol. II. p. 371.

(*) Meister de effectu error in empt. vend. Goet. 1751. 4.; Kern Dis. de errore contrahentium Goet. 1806. 4.; Kritz Dis. de error. facti in empt. vend. effectu. Lips. 1813. 4.; Thibaut saggi vol. II. n. 4.; Savigny sistema vol. III. § 135. seg. ed aggiunta VIII.

consenso (1). Per certo l'errore può non solamente non es
e quindi esser giuridicamente indifferente (2), ma può talvo
mantenere in vigore un contratto che sarebbe altrimenti i
e ci ha eziandio de'casi, ne'quali un errore dannoso dà all
tanto il dritto ad una diminuzione della sua prestazione
dennità, rimanendo ferma la convenzione in tutto il rim
ma nondimeno per regola l'errore si ha come un vizio tant
che l' errante può per questa cagione ritener come nulla l
ne (5), presupposto però che sia manifesto che il suo erro
possa imputare a colpa (6), sebbene in alcuni rapporti n
si abbia riguardo (7). Se errano ambedue la parti, la qual
per alcune specie di errore è necessaria (8), ciascuna d
ralmente ha dritto di allegare il suo errore, salvo all
non nuoce che ad una sola (9). Tra gli errori sostanziali

1.° L' errore sulla persona con la quale si contrae (1
già anche l' errore sulle semplici qualità e relazioni d
traente (11).

2.° L' errore sulla specie della convenzione conchiusa,
scuno ha in mente una convenzione diversa (12).

(1) L. 15. D. *de jurisd.* (2. 1.) L. 2. pr. D. *de judic.* (5. 1.) L. 2
pluv. (39. 3.) L. 57. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 137. § 1. D. *de V.*
116. § 2. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 8. L. 9. C. *de juris et facti ignor*

(2) L. 9, § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 52. D. *locati* (19. 2.)
de adq. poss. (41. 2.) L. 32. D. *de V. O.* (45. 1.)

(3) L. 3. pr. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 4. pr. L. 6. L. 11. L.
L. 27. pr. L 28. § 1. D. *ad Sct. Vellej* (16. 1.) L. 34. § 3. D. *a*
(18. 1.)

(4) L. 57. pr. D. *eod.* L. 4. § 1. L. 21. § 2. L. 42. D. *de act. em*
69. § 6. D. *de evict.* (21. 2.)

(5) L. 57. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 9. pr. D. *de contr. empt.* (1

(6) L. 15. § 1. D. *eod.* L. 14. § 10. L. 55. D. *de aedil. ed.* (21.
L. 6. L. 9. § 2. D. *de jur. et facti ignor.* (22. 6.) L. 15. C. *de resc.*

(7) Nell' *error in corpore* ed *in genere contractus*, nel qual caso non
accordo, sarebbe manifestamente contrario al buon senso il ricercare se l'
scusabile.

(8) Questo è nuovamente il caso dell' *error in corpore* ed *in genere co*

(9) L. 14. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 52. in fine D. *locati* (19.

(10) L. 32. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 52. § 21. L. 66. § 4. D. *d*
Savigny l. c. p. 269. seg.

(11) L. 19. pr. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 1. § 6. L. 2-6. D. *quod j*
(27. 6.) § 3. J. *quib. mod. re.* (3. 14.)

(12) L. 18. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 3. § 1. D. *de O. et A.* (4
oppone la L. 36. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

3.° L'errore sull'oggetto del contratto ne' seguenti casi: 1) allorchè ambi i contraenti hanno in animo un oggetto diverso, *error in corpore*, e l'errore non cade soltanto sopra una cosa accessoria (13). 2) Allorchè la supposizione di qualità che non esistono, *error in qualitate*, la quale per vero generalmente non dà che un dritto ad una indennità (14), o riguarda alcune qualità espressamente pattuite (15), o è tale che abbia fatto creder la cosa di una natura al tutto diversa da quel che è, *error in materia s. substantia* (16), nel qual caso nondimeno a colui che credeva di avere una cosa migliore non è impedito, in caso di necessità, di richiedere almeno la cosa realmente promessa (17). 3) Allorchè una cosa che si credeva esistente non esiste (18), il qual caso, a favore di colui che ha promesso la contro-prestazione, si ha già per verificato allorchè al tempo della convenzione era perito più che la metà della cosa (19). 4) Allorchè una *res extra commercium* si è creduto che fosse in commercio (20). Intanto ne' contratti bilaterali colui che in buona fède ha promesso la contro-prestazione può richiedere il risarcimento de' danni interessi (21); di più non è nulla l'intera

(13 § 23. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 9. pr. L. 34. pr. D. *de contr empt.* (18. 1.) L. 34. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 57. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 83. § 1. L. 137. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 10. C. *de donat.* (8. 54.)

(14) L. 11. § 5. L. 21. pr. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 11. § 1. L. 14. L. 45. D. *de contr. empt.* (18. 1.). Sull' *inauratum* nella L. 14. D. cit. veggasi *Averranii* interpetr. I. 19.; *Bynkershoek* Obs. VI. 14.

(15) L. 58. D *de contr. empt.* (18. 1.) L. 13. § 3. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 4. § 4. L. 18. pr. L. 19. § 2. L. 52. D *de aedil ed.* (21. 1.)

(16) L. 9. § 2. L. 11. L. 14. L. 41. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.). Secondo la L. 9. § 2. D. cit. pare che l' antica giurisprudenza non avesse riguardato l' *error in materia* come un errore sostanziale; ma più tardi fu senza dubbio riconosciuto il principio stabilito nel testo. Del rimanente sta nella natura delle cose che sulla quistione quando la cosa, su di cui s' era inteso trattare, sia effettivamente di altra specie, le opinioni in concreto possono di leggieri esser discordi, essendochè molte qualità ad uno possono parere più sostanziali che ad un altro, e per conseguenza non dee recar maraviglia se anche i Giureconsulti Romani nell' applicazione del principio non sono sempre d' accordo. *Savigny* l. c. § 137. e 138.

(17) L. 1. § 2. D. *de pign. act.* 13. 7.) L. 22. D. *de V. O.* (45. 1.)

(18) § J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 8. L. 15. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 8. L. 9. D. *de her. vend.* (18. 4.) L. 1. § 9. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(19) L. 57. D. *de contr. empt.* (19. 1.)

(20) § 2. J. *de inut. stip.* (3. 19.) § 5. J. *de empt. vend.* (3. 23.) L. 4. L. 6. pr. L. 22-24. L. 34. § 1. 2. L. 62. § 1. L. 70. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 1. § 9. D. *de O. et A.* (44 7)

(21) § 5. J. *de empt. vend.* (3. 23.) L. 4. L. 62. § 1. L. 71. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

convenzione quando tra più cose si trovano solamente alcune
commercium, come parte subordinata e secondaria (22); so
permesso di contrarre scientemente sopra cose fuori comme
caso che dovessero entrare in commercio, con la sola eccezion
si può mai promettere un uomo libero pel caso che abbia
schiavo (23). 5) Allorchè alcuno crede che la sua propria c
altri, ed in questa opinione contrae intorno ad essa (24), il che n
non ha alcuna applicazione quando il contratto riguarda i dri
altro abbia sulla cosa (25), o quando si riferisce semplicemen
di una futura alienazione della proprietà (26). 6) Allorchè alc
promettere delle cose che egli non può avere, il che è nullo an
vi concorra un errore (27); ma per contrario la circostanza
nazione della cosa sia vietata, per regola esclude soltant
tensione alla effettiva prestazione della cosa, ma non toglie c
domandare il risarcimento del danno (28).

4.° L'errore sul prezzo, allorchè si è promesso un prez
credendosi quello essere il prezzo che si è domandato, ment
inverso è nullo solo ciò che si è promesso di più (29).

5.° L'errore sul motivo che ha indotto a contrarre in qua
siasi creduto a ciò legalmente obbligato (30), imperocchè pe
non si ha alcun riguardo alla falsità del motivo (31). Dall' e
misura e quantità di una cosa regolarmente non risulta che u
risarcimento (32). Se alcuno fa conchiudere un contratto me

(22) L. 22-24. D. *eod.*

(23) § 2. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 34. § 2. D. *de contr. empt.* (18

(24) § 22. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 31. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L.
16. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 21. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 1. §
et A. (44. 7.) L. 82. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 45. pr. D. *de R. J.* (
circostanza che l'acquirente abbia dritti sulla cosa gli dà tutto al più il dritt
nità L. 16. § 4. L. 17. L. 18. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(25) L. 34. § 4. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 28. L. 37. D. *de adq.*
L. 6. § 4. D. *de precar.* (43. 26.) L. 82. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

(26) L. 61. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 31. L. 98. pr. D. *de V. O.*

(27) L. 34. D. *de V. O.* (45. 1.)

(28) L. 5. C. *de legib.* (1. 14.) L. 2. L. 4. C. *de litig.* (8. 37.) Confr
C. cit.

(29) L. 52. D. *locati* (19. 2.)

(30) L. 5. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 51. D. *de pact.* (2. 14.)
errore calculi (2. 5.)

(31) L. 65. § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(32) L. 57. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 4. § 1. L. 42. D. *de ae*
1.) L. 60. § 6. D. *de evict.* (21. 2.)

procuratore, si dee esaminar solo se egli medesimo abbia errato o no. Altramente va la cosa allorchè il padrone o padre viene obbligato dalle convenzioni che il suo schiavo o *filius familias* senza sua commissione ha conchiuse; imperocchè qui decide la scienza o l'errore dello schiavo o figlio di famiglia che ha contratto, soltanto, al padrone o al padre che ricorre all'errore di costui può venire opposta l'*exceptio doli*, quando egli medesimo abbia avuto notizia del fatto e non abbia impedito il contratto, quantunque ne avesse avuto il potere (33). Del rimanente tutti questi principi pare che sionsi formati per la interpetrazione de' giureconsulti, senza che sieno state emanate delle speciali disposizioni di legge intorno all' errore ne' contratti.

B. Del dolo (*).

§ 236. Secondo l' antica regola che ne' giudizii di buona fede appartenga all' *officium arbitri* di prendere in considerazione il dolo (1), nelle convenzioni di buona fede in ogni tempo un contraente ingannato, allorchè era convenuto, poteva difendersi con l'eccezione del dolo (2), ed allorchè gli competeva un' azione nascente dal contratto, poteva intentar questa anche per cagione del dolo (3), dapprima veramente soltanto pel risarcimento (4), ma più tardi anche per la rescissione del contratto e per la restituzione di ciò che avea di già dato (5). Per contrario ne' contratti di stretto dritto ciò non avea luogo, ma vi si potea solo provvedere mediante una clausola, aggiungendo al contratto la stipulazione espressa : *dolum malum abfuturum esse*, pel qual mezzo

(33) L. 12. L. 13. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 51. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 16. § 2-4. L. 17. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 9. D. *de litig.* (44. 6.)

(*) G. *Noodt* de forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi L. B. 1709. 4.; *Neustetel* Bonae fidei negot. dolo inita non esse nulla. *Heidelb.* 1818. 8. Il mio trattato della restituzione nello stato primiero § 18.

(1) Cic. de nat. Deor III. 30. de offic. III. 15.; L. 152. § 3. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 3. C. *ex quib. caus. maj.* (2. 52.) L. 2. C. *de act. empti* (4. 49.)

(2) L. 68. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 3. D. *de rescind. vend.* (18. 5.) L. 21. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 84. § 5. D. *de legat.* I. (30.)

(3) L. 7. § 3. L. 9. pr. D. *de dolo* (4. 3.) L. 48. § 2. L. 68. § 1. 2. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 4. pr. L. 6. § 9. L. 13. § 1-5. L. 30. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 21. pr. D. *de evict.* (21. 2.) Paul. II. 17. § 6. L. 2. C. *de act. empti* (4. 49.)

(4) *Symmachi* Epist II. 87. « *Vox juris et legum est bonae fidei contractum non posse rescindi* ». Il mio trattato della restituzione nello stato primiero p. 321.

(5) L. 11. § 3. 5. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 23. D. *locati* (19. 2.) L. 1. § 2. L. 4. § 4. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

colui ch' era ingannato conseguiva l' *actio ex stipulatu* per essere risarcito del danno (6). Ma questa teoria semplice in processo di tempo patì molte modificazioni :

1.° La più antica si può ben ritrovare nell'ammissione del principio caduto poi di nuovo pressochè in dimenticanza per effetto della restituzione a causa di minore età , cioè che un minore ingannato e i suoi fidejussori potessero riguardar come nullo ogni contratto , e per conseguenza anche un contratto di stretto dritto (7), in quanto l' inganno fosse commesso dall' altro contraente medesimo e non già da un terzo (8), il qual principio verisimilmente fu introdotto nella *Lex Plaetoria* (9), o almeno ebbe occasione da ciò, che questa legge avea stabilite delle pene speciali e l' infamia pel dolo contro i minori (10).

2.° Una seconda modificazione sta in ciò, che un Pretore Cassio nel sesto secolo di Roma elevò l'*exceptio doli* ad un rimedio giuridico generale ammissibile contro tutte le azioni , cosicchè allora potè essere adoperata anche contro le azioni di stretto dritto (11).

3.° Finalmente una terza modificazione sta nella introduzione dell' *actio de dolo* avvenuta per opera di Aquilio Gallo l' anno di Roma 688 (12), giacchè questa era parimenti applicabile ne' contratti di stretto dritto , e quì prese il luogo dell' azione del contratto la quale si ammetteva ne' *contractus bonae fidei* (13). A questo termine rimaser sempre le cose, inoltre ne' contratti di buona fede infetti da dolo non ebbe mai luogo una nullità generale, la quale si opporrebbe alla esclusione

(6) L. 1. § 4. L. 7. § 3. D. *de dolo* (4. 3.) L. 31. D. *de recept.* (4. 8.) L. 5. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.) L. 22. L. 38. § 13. L. 53. L. 119. L. 121. pr. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 19. D. *jud. solvi* (46. 7.) L. 19. D. *rat. rem. hab.* (46. 8.)

(7) L. 13. § 27-29. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 7. § 1. D. *de except.* (44. 1.). Il mio trattato della restituzione p. 204. seg.

(8) L. 7. pr. D. *de dolo* (4. 3.). Il mio trattato della restituzione p. 243. seg.

(9) V. La mia St. § 53. no. VII.

(10) Cic. de Off. III. 15. de nat. Deor. III. 30. Lex Julia municipalis (Tab. heracleensis) sect. VIII.

(11) L. 1. § 1. L. 2. § 4. 19. L. 4. § 33. L. 7. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 36. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 3. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.) L. 5. C. *de inut. stip.* (8. 39.) Plaut. *Rudens* v. 3. v. 24-26. Il mio trattato della restit. p. 296. seg. D' altra opinione intorno all' autore di questa mutazione sono *Schneider* Le generali azioni sussidiarie p. 135. seg.; *Wangerow* Leitfaden vol. I. p. 243. Veggasi per contrario *Rudorff* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. XII. p. 166. seg. Del rimanente nel precedente § 72. l' introduzione della *exceptio doli* per un semplice errore di scrittura si è riportata al 5. secolo.

(12) Cic. de Off. III. 14.; de nat. Deor III. 30. Il mio trattato della restit. p. 307. seg.

(13) L. 1. § 1. 5. L. 38. D. *de dolo* (4. 3.)

della *exceptio doli* verso quelle persone , alle quali si dee riverenza , come pure verso le persone diverse dall' ingannatore medesimo e da' suoi successori *ex causa lucrativa* (14), e si opporrebbe (15) del pari alla validità della novazione de' crediti fondati sul dolo (16). Generalmente è indifferente se il dolo come un così detto *dolus causam dans* in generale abbia dato causa al contratto, ovvero come *dolus incidens* sia soltanto intervenuto nella conchiusione del medesimo , ovvero nell' adempimento stesso siasi commesso (17);solo è a por mente che ne'contratti di buona fede pel dolo che si commetta in un semplice punto accessorio, l'azione del contratto può intentarsi non per la rescissione del medesimo ma sibbene pel risarcimento del danno (18),ma per contrario alcune particolari specie di dolo danno luogo anche ad altre azioni, e possono eziandio cadere sotto la nozione del furto (19).Se il dolo proviene da un terzo, l'azione del contratto per verità non è applicabile, giacchè essa si dà soltanto contro l'altro contraente, e presuppone che questi medesimo abbia commesso il dolo , ma l'*actio de dolo* è del tutto ammissibile , giacchè essa si dà appunto soltanto contro l' ingannatore e suoi eredi; il perchè in questo caso può anche incontrarsi ne' contratti di buona fede (20).Se amendue le parti hanno ingannato, l'inganno si compensa e niuno può allegare il dolo dell' altro (21).

C. Della violenza (*).

§ 237. Nel caso della violenza valgono principii in parte somiglianti. Siccome il dolo nel senso più ampio comprende anche la violenza ingiusta (1), così secondo il dritto antico anche la violenza ingiusta ne'

(14) L. 4. § 27-33. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(15) Cic. de Off. III. 14. L.12. L.19. D.*de novat.*(46.2.). Consult. vet. Jcti IX. 9.

(16) *Neustetel* l. c. Il mio trattato della restit. p. 323. seg.

(17) L. 1. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 13. § 4. 5. L. 32. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 12. § 1. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 22. L. 36. D. *de V. O.* (45.1.)

(18) L. 54. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 12. § 1. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 6. C. *de act. empti* (4. 49.)

(19) L. 20. pr. D. *de furtis* (47. 2.)

(20) L. 7. pr. L. 15. § 3. L. 17. pr. D. *de dolo* (4. 3.)

(21) L. 34. § 2. L. 57. L. 59. L. 70. D. *de contr. empt.* (18.1.) L. 4. § 13. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(*) *Noodt* l. c. cap. 16. e G. F. *Walch*, Comm. de act. vi metuve extortis. Jenae 1790. 4.

(1) L. 15. § 18. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 4. § 53. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 2. § 8. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.)

contratti di buona fede dava luogo alla *exceptio doli* ed al
contratto, mentre al contrario nei contratti di stretto dritto
contro di essa alcun rimedio giuridico, finchè la estensione
doli a tutte le azioni, avvenuta per l'editto Cassiano non eb
apprestato il proprio rimedio. Ma una separazione pratica d
dal dolo venne da ciò, che un Pretore Ottavio, probabilm
all'anno di R. 670(2), ma ad ogni modo prima che l'*actio de*
se(3), introdusse l'*actio quod metus causa*. Per questa dispo
che avea patito la violenza avea un'azione, la quale non so
cabile anche ne' contratti di stretto dritto, ma eziandio ne
buona fede, dovè far cadere totalmente dall' uso l'azione d
per rapporto alla violenza esercitata, imperocchè essa n
come la posteriore *actio de dolo*, sotto la condizione che
altre azioni, e come *actio in quadruplum*, ed *in rem scri*
curava maggiori vantaggi che l'azione del contratto (5). A
dò l' ulteriore effetto, che anche l'eccezione della violenza
da quella del dolo, giacchè l' *exceptio metus* fu ritenuta
dalle particolari restrizioni dell' *exceptio doli*, e secondo
dell' *actio quod metus causa* fu riconosciuta come un'eccez
generale ed *in rem*, il che pare essere avvenuto mediante l
zione del dritto e la pratica (6). Ne' tempi degli Imperador
che più oltre, perchè a colui che avea patito la violenza fu
dio una propria *restitutio in integrum* (7). Quindi per rap
fetto i contratti infetti da violenza si potrebbero convene
dicare come inefficaci (8). Pertanto non si può ammetter
nullità, ma piuttosto anche le obbligazioni fondate sulla
no da riguardare soltanto come *obligationes inefficaces* (

(2) *Rudorf.* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. XII.
(3) V. sopra § 86. Nota 20.
(4) V. sopra § 86. Nota 25. e 30.
(5) È una circostanza degna di considerazione che moltissime volte si
ne del contratto a cagione di dolo, ma rarissime volte a cagione di violen
(6) L. 4. § 33. D. *de doli exc.* (44. 4.). Soltanto la violenza da p
sotto la cui potestà alcuno si trova, non dà luogo all' *exceptio metu*
D. *eod.*
(7) L. 9. § 3-6. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 3. C. *de his quae*
2. C. *de rescind. vend.* (4. 44.). Il mio tratt. della restit. § 19.
(8) Seneca de controv. IV. 26.; L. 5. pr. D. *ad leg. Jul. de vi pu*
116. pr. D. *de R. J.* (50. 17.); Consult. vet. Jcti I. 1. 2. IX. 3. 9.
(9) L. 21. § 4. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 13. C. *de transact.*
4. 5. 7. 8. 11. 12. C. *de his quae vi* (2. 20.) L. 1. L. 8. C. *de resc*

la novazione ed il *constitutum debiti* che intorno ad esse interviene possono esser validi.

5) *Disposizioni accessorie.*

A. condizioni.

§ 258. A tutte le convenzioni obbligatorie possono aggiungersi le condizioni così sospensive come risolutive, ed anche quelle che son potestative per uno de' contraenti (1). Nondimeno i contratti sotto una condizione sospensiva impossibile sono interamente nulli (2), e lo stesso è per le promesse fatte sotto la condizione che dall' altra parte si faccia (3) o si tralasci (4) qualche cosa illecita, e se la cosa promessa sotto condizione, prima che questa si verifichi, venga interamente a perire, la convenzione si estingue (5); ma dall'altro lato però la condizione per regola mantiene in vigore il contratto, allorchè le cose che erano sottratte alla disposizione che se n' è fatta, sono state promesse solamente pel caso che divenissero capaci di formar l' oggetto della disposizione (6). Finchè la condizione è in sospeso, non si possono far valere i diritti che da essa dipendono (7). Intanto le pretese e le obbligazioni nascenti da contratti condizionali, anche prima che la condizione si verifichi, sono annoverate tra i crediti ed i debiti (8), passano agli eredi (9), debbono esser prese in considerazione nel concorso con-

4) L. 10. C. *de distr. pign.* (8. 28.). Di altra opinione è Mühlenbruch l. cit. sect. L. c. 3. seg. Veggasi per contrario il mio trattato della restit. p. 351. seg.

(1) L. 9. § 1. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 121. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.). Non si oppongono le L. 17. D. *eod.* L. 13. C. *de contr. empt.* (4. 38.). Nondimeno nella società l' ammissibilità delle condizioni sospensive fino a Giustiniano fu controversa L. 6. C. *pro socio* (4. 37.)

(2) § 11. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 1. § 11. L. 31. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 7. L. 137. § 6. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 29. D. *de fidejuss.* (46. 1.).

(3) L. 27. pr. L. 137. § 6. D. *de V. O.* (45. 1.)

(4) L. 7. § 3. D. *de pact.* (2. 14.) L. 2. D. *de cond. ob turp. caus.* (12. 5.)

(5) L. 8. pr. D. *de peric.* (18. 6.) L. 10. § 5. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 14. pr. L. 31. pr. D. *de novat.* (46. 2.) Confr. L. 21. D. *de acceptilat.* (46. 4.)

(6) L. 8. pr. L. 61. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 31. L. 98. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

(7) § 4. J. *de V. O.* (3. 15.) L. 54. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 7. pr. D. *de compensat.* (16. 2.) L. 9. L. 36. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(8) L. 42. pr. D. *de O. et A.* (44. 7.). Ciò non vale nei legati condizionali L. 10. D. *de V. S.* (50. 16.)

(9) § 4. J. *de V. O.* (3. 15.) § 25. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 8. pr. D. *de peric.* (18. 6.) L. 57. D. *de V. O.* (45. 1.)

tro il debitore (10), e ne' contratti di buona fede danno il diritto di richiedere cauzione, in quanto vi sia fondato timore pel futuro adempimento (11). Ma se la condizione si è verificata, il che si ha pure come avvenuto quando l'obbligato condizionalmente a bella posta ha impedito che la condizione si verificasse (12), allora le convenzioni sotto condizione sospensiva in generale son riguardate come se da principio fossero state senza condizione (13), e le convenzioni sotto condizione risolutiva, almeno nelle alienazioni, son riguardate come se la convenzione non fosse stata affatto conchiusa (14), e però vi fu controversia se potesse adoperarsi l' azione del contratto per ottenere la restituzione, finchè i Rescritti di Settimio Severo e Caracalla non ebbero deciso per l'ammissibilità della medesima(15). Formano delle specie parcolari di convenzioni obbligatorie condizionali :

1.° *Le scommesse*, *sponsiones et restipulationes*, allorchè le reciproche promesse si fan dipendere in guisa dalle opposte opinioni de' contraenti, che solo quegli resti obbligato, l' opinione del quale si trovi esser falsa; la qual forma di obbligarsi, purchè non siasi scommesso sulla riuscita di un giuoco vietato o sopra altre cose turpi, il che da più leggi non perfettamente note era riprovato (16), è pienamente valida, anzi s' incontra di frequente nel procedimento giudiziario de' Romani (17).

2.° *La promessa di una pena convenzionale*, *stipulatio poenae*, allorchè alcuno pel caso di una determinata azione od omissione, che un altro desidera che non avvenga, gli promette di dare qualche cosa per pena (18). Più frequentemente siffatte pene sono stabilite per l'inadempimento delle obbligazioni, o per positive violazioni di dritto; nondimeno si ammettono anche per le azioni ed omissioni, alle quali l'altro

(10) L. 6. pr. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.) L. 4. pr. D. *de separat.* (42. 7.)

(11) L. 41. D. *de judic.* (5. 1.) L. 38. pr. D. *pro socio* (17. 2.)

(12) L. 8. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(13) L. 8. pr. D. cit. L. 11. § 1. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 64. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 16. D. *de solut.* (46. 3.)

(14) L. 4. § 3. L. 6. pr. D. *de in diem. addict.* (18. 2.) L. 4. pr. L. 5. D. *de leg commiss.* (18. 3.). Non si oppone la L. 4. § 1. D. *eod.*

(15) L. 4. pr. D. *eod.*

(16) L. 3. D. *de aleator.* (11. 5.) L. 17. § 5. D. *praescr. verb.* (19. 5.) V. la mia St. § 56. Nota 12.

(17) Caj. IV. 165. 166. V. sopra § 64. Nota 28.

(18) § 7. J. *de V. O.* (3. 15.) § 19. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 38. § 17. L. 81. L. 123. D. *de V. O.* (45. 1.)

contraente non ha veruno dritto (19). Solo è a por mente che la pena non dee tendere a sollecitare il promettente ad azioni illecite ed immorali (20), o a restringere la sua libertà di maritarsi o far divorzio (21); o a metterlo in una tale dipendenza dall'altro, da dover fare in tutto la sua voglia (22). È indifferente poi qual sia l' oggetto della pena (23) e del pari quale ne sia la quantità (24), purchè però non si celi con questo un interesse usurario (25). Se la pena convenzionale si è promessa pel caso che qualche cosa si faccia, s' incorre nella medesima subito che s'intraprende l'azione da parte del promettente o de' suoi eredi (26); al contrario se la pena si è promessa pel caso che si tralasci di fare qualche cosa, non s' incorre nella medesima se non quando 1) sia già trascorso il tempo in cui si avrebbe dovuto agire, senza che però, secondo Giustiniano, vi sia anche mestieri di un avvertimento (27), il che prima era controverso (28), ed allorchè 2) nel tempo stesso niuna impossibilità assoluta non imputabile abbia impedito l'azione (29). Quando non si ha alcun dritto all' azione od omissione punita con pena convenzionale, naturalmente non può mai chiedersi altro che la pena (30). Ma nelle obbligazioni è da distinguersi se la pena stabilita per la violazione del rapporto di obbligazione, sia imposta segnatamente per l'in-

(19) § 19. 21. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 6. § 1. D. *de serv. export.* (18. 7.) L. 38. § 1. 2. 17. D. *de V. O.* (45. 1.)

(20) L. 26. L. 35. § 1. L. 61. L. 123. L. 134. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

(21) L. 71. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 134. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 2. C. *de inut. stip.* (8. 39.). Secondo la L. 71. § 1. D. cit. pare che ciò sia stato introdotto nell' Editto del Pretore.

(22) L. 1. § 5. D. *quar. rer. act. non dat.* (44. 5.). Per verità questo passo parlà soltanto dei manomessi per rapporto al loro padrone, ma deve molto maggiormente valere anche per altri.

(23) L. 11. § 2. D. *de recept.* (4. 8.)

(24) L. 1. § 3. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 9. § 1. D. *de usur.* (22. 1.)

(25) L. 13. § 26. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 9. pr. L. 44. D. *de usur.* (22. 1.) Fragm. Vat. § 11. Pare che questa restrizione sia stata la prima volta introdotta per l'autorità di Papiniano.

(26) L. 4. § 1. L. 40. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.). Nondimeno colui, al quale si è promesso, non deve per sua colpa aver dato occasione all' atto del promettente L. 54. § 1. D. *locati* (19. 2.)

(27) L. 2. C. *de jure emphyt.* (4. 66.) L. 12. C. *de contr. et comm. stip.* (8. 38.)

(28) L. 4. § 8. D. *de lege commiss.* (18. 3.) L. 47. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 9. D. *de naut. foen.* (22. 2.) L. 23. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 77. D. *de V. O.* (45. 1.)

(29) L. 69. D. *eod.* L. 23. D. *de O. et A.* (44. 7.) Confr. con L. 77. D. *de V. O.* (45. 1.)

(30) L. 6. § 1. D. *de serv. export.* (18. 7.) L. 38. § 17. D. *de V. O.* (45. 1.)

dugio della prestazione, ovvero per l' assoluto inadempimento, giacchè nel primo caso il dritto alla prestazione dura tuttavia insieme colla pena (31), ma nel secondo caso, se non sia chiaramente stabilito il contrario, il pagamento della pena tien luogo della propria prestazione, e per conseguenza libera dalla medesima (32), ma d'altra parte però qui la pena incorsa cessa nuovamente, allorchè, prima ch' essa sia richiesta, la prestazione si esegua (33).

B. Determinazioni di tempo, Limitazioni, e Riserve.

§ 239. Del pari che le condizioni anche le altre disposizioni accessorie degli affari giuridici sono generalmente ammesse nelle convenzioni obbligatorie, anzi in esse appunto s' incontrano più di frequente.

1.° Nondimeno per rispetto alle determinazioni di tempo è da distinguersi quanto segue: 1) I termini finali *dies ad quem* nei rapporti di obbligazione, che secondo la loro natura durano un certo tempo, hanno sempre un senso ed una significazione perfetta (1), ma non è così in quelle tali obbligazioni, che tendono a qualche cosa che si dee dare o fare una sola volta; in siffatte obbligazioni non si fa caso di tai termini, purchè l'intenzione non sia stata che il creditore dovesse richiedere la prestazione prima del tempo stabilito, o altrimenti dovesse perdere il suo dritto, nel qual caso il termine contiene una condizione risolutiva (2). 2) I termini di cominciamento, *dies ex quo* s. *dies solutionis*, ne'quali la prestazione si dee eseguire o almeno cominciare, possono senza eccezione esser convenuti con effetto (3), e sospendono la facoltà di far valere il dritto fino a che non giunga il momento stabilito (4).

2.° Le prescrizioni limitative sopra l'uso e il godimento delle cose

(31) L. 71. pr. D. *pro socio* (17. 2.)

(32) L. 44. § 5. 6. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 28. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 41. L. 42. D. *pro socio* (17. 2.)

(33) L. 52. D. *de recept.* (4. 8.)

(1) L. 1. pr. L. 65. § 6. D. *pro socio* (17. 2.) L. 13. § 11. L. 14. D. *locati* (19. 2.) L. 22. C. *eod.* (4. 65.)

(2) L. 44. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 56. § 4. D. *de V. O.* (45. 1.) § 3. I. *eod.* (3. 15.)

(3) L. 44. § 1. D. cit.

(4) § 2. I. *de V. O.* (3. 15.) L. 41. § 1. D. *eod.* (45. 1.) L. 17. D. *de R. J.* (50. 16.) L. 9. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

alienate, locate, o prestate; che ne' fonti più comunemente vengono indicate con le espressioni generali *leges* s. *conditiones contractus*, che con la denominazione tecnica *modus*, certamente allorchè sono inserite nel contratto e non sono dalla legge riprovate, debbono essere osservate, cosicchè a cagione dell' inosservanza delle medesime si può con l'azione del contratto domandare i danni interessi, purchè si possa dimostrare un effettivo interesse pecuniario (5); non per tanto la loro trasgressione per regola non opera in un modo risolutivo (6), quando espressamente non sia convenuto il contrario (7); di più l'obbligazione, che nasce da siffatte prescrizioni, non passa ai successori singolari che sono in possesso della cosa (8).

3.° Se mediante una riserva aggiunta al contratto venga eccettuata qualche cosa, la quale altrimenti vi dovrebbe esser compresa, questa eccezione è da interpetrarsi strettamente, e però non può estendersi a cose, alle quali non è certo che si sia pensato (9).

CAPITOLO TERZO

ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI (*).

I. OSSERVAZIONE PRELIMINARE.

§ 240. Tutte le obbligazioni hanno lo scopo di essere estinte mediante l'adempimento, ma possono anche in altre guise in tutto o in parte estinguersi, non solo mediante la soddisfazione del creditore *satisfactio*, allorchè egli riceve la prestazione dovuta ovvero qualche altra cosa in cambio di quella, ma anche senza la soddisfazione del medesimo. È importante a distinguere se per la causa di estinzione il vincolo dell' obbligazione sia pienamente sciolto ed annullato, per esprimere la qual cosa si adopera la frase: *ipso jure tollitur obligatio*, ov-

(5) L. 75. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 21. § 5. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 9. § 3. L. 11. § 1. 4. L. 25. § 3. L. 29. L. 30. § 2. L. 55. § 2. D. *locati* (19. 1.) L. 135. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.). Intorno ad un *modus* specialmente rigettato veggasi § 258. Nota 24.

(6) Una eccezione incontrasi soltanto nelle donazioni. V. § 266.

(7) L. 51. pr. D. *locati* (19. 1)

(8) Il *modus* aggiunto ad un' alienazione di schiavi forma un' eccezione. V. § 119. Nota 22.

(9) L. 77. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 53. § 2. D. *de act. empti* (19. 1.)

(*) B. *Brissonius* de solut. et liberat. (op. min. p. 111. seg.) K. *Sell*. Sulla estinzione delle obbligazioni. *Marb.* 1839. 8.

vero se da ciò ne risulti solamente un' eccezione perentori
il debitore sia per verità protetto *ope exceptionis*, ma il
tinui tuttavia come *obligatio inefficax* (1). In generale d
natura della causa di estinzione, se la medesima debb
quella o in questa guisa; intanto le particolari opinioni
hanno avuto per effetto che si ammetta (2), o almeno ne'
fosse ammessa (3) soltanto una estinzione *ope exception*
casi, ne' quali manca una ragione intrinseca per un effetto
Allorchè nelle obbligazioni bilaterali una parte, senza sodd
vien liberata dal suo debito, importa vedere se l' altra d
abbia già eseguita o no la prestazione. Nel primo caso el
non può domandare indietro ciò che ha dato, ma nel secon
può esser costretta all' adempimento del suo obbligo, il q
di equità pare che fosse ammesso per l' autorità di Labeo
più parte dei casi l' estinzione di un'obbligazione giova a
che per qualsivoglia ragione son risponsabili pel debito,
contro tutti coloro che possono richiedere la soddisfazion
simo. Nondimeno ciò patisce varie limitazioni ed eccezio
estinzione debb' esser provata da parte di colui che l' a
quanto non vi sia alcun fatto, che faccia sorgere la pres
l'estinzione, al che segnatamente si riferisce il caso che si
o lacerata la scrittura che prova il debito (6), o il caso
tore per lungo tempo si abbia ricevuto interessi minori
erano pattuiti, il che si ritiene come una rinuncia al di

(1) Caj. III. 168.; L. 4. L. 10. pr. L. 21. D. *de compens.* (16. 2.)
de legat. II. (31.) L. 17. § 1. L. 27. § 2. L. 51. pr. D. *de pact.* (2.
mandati (17. 1.) L. 1. § 24. D. *de exerc. act.* (14. 1.) L. 19. pr. D
(46. 4.) L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.)

(2) L. 8. § 3. L. 14. L. 19. pr. D. *de acceptilat.* (46. 4.)

(3) Caj. l. c.; § 30. J. *de act.* (4. 6.). Non è da confondere con ciò
solutio naturalis e *civilis*, secondochè una maniera di estinzione è fond
delle cose, o soltanto in disposizioni positive, come la perdita di un cre
49. L. 107. D. *de solut.* (46.3.)

(4) L. 50. D. *de act. empti* (19. 1.) L.1. L. 5. D. *de rescind. vend*
D. *de acceptilat.* (46. 4.) Confr. il mio articolo nell'Arch. per la prat.
n. 6. Nondimeno nella *emptio spei* non vale questo principio, quando
nisce L. 11. § 18. D. *de act. empti* (19. 1.), e neppure quando una
perita.

(5) L. 3. D. *de pactis* (2. 14.) L. 12. D. *de probat.* (23. 3.) L. 1.

(6) L. 24. D. *eod.* L. 7. C. *de remiss. pign.* (8. 26.) L. 14. L.
(8. 43.)

(7) L. 13. pr. D. *de usur.* (22. 1.) L. 5, L. 8. C. *eod.* (4. 32.)

secondo la disposizione di Marciano anche il caso che trattandosi di pretesi arretrati di pubbliche imposte, il debitore possegga quietanze *apochae* di un tempo posteriore che provino di aver pagato per tre anni sussecutivi (8). Intorno alla prova valgono in generale le regole ordinarie, se non che Giustiniano fece due singolari disposizioni: 1) che chi senza quietanza, pretende di aver pagato un debito, sul quale ha rilasciato una scrittura che si trova tuttora in mano del creditore, non può altrimenti provarlo, che per mezzo di cinque testimoni presenti al pagamento (9), e 2) che le quietanze di persone private, allorchè non vi si aggiunga eziandio la restituzione del titolo, non possono far pruova se non dopo trenta giorni (10).

II. SPECIE DI ESTINZIONE.

1) *Mediante soddisfazione del creditore*:

A. Casi particolari.

§ 241. Alle specie di estinzione per cui il creditore ottiene la soddisfazione appartiene:

1.° Innanzi ogni altra cosa il pagamento, *solutio*, cioè la prestazione di ciò appunto che il debitore deve, la quale avvenuta in un modo valido (1) sino alla debita concorrenza toglie pienamente, *ipso jure*, l'obbligazione (2). Nel caso che vi siano più crediti generici della stessa specie, il debitore, allorchè ciò che ha dato non è sufficiente per soddisfarli tutti, può determinare quali voglia con quel pagamento estinguere (3), e se non ha nulla determinato intorno a ciò, il creditore dee sempre imputare ciò che ha ricevuto da prima sul credito più gravoso; ma se tutti sotto tal rapporto sono eguali, dee far l'imputazione sopra ciascuno nella debita proporzione (4).

2.° La prestazione di un oggetto diverso, la quale veramente, se-

(8) L. 3. C. *de apoch. publ.* (10. 22.)
(9) L. 18. C. *de testib.* (4. 20.) Nov. 90. c. 2.
(10) L. 14. § 2. C. *de non num. pec.* (4. 30.). Naturalmente la controprova contro una quietanza rimane sempre permessa L. 19. § 1. D. *de acceptilat.* (46. 4.)
(1) V. § 219.
(2) Caj. III. 168.-172., pr. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 1. § 24. D. *de exerc. act.* (14. 1.) L. 95. § 8. D. *de solut.* (46. 3.)
(3) L. 1. D. *de solut.* (46. 3.) L. 1. C. *eod.* (8. 43.)
(4) L. 1. L. 2. L. 3. L. 4. L. 5. pr. L. 97. D. *eod.*

condo l'opinione dei Proculiani, avea effetto soltanto *ope ex*
ma secondo la teorica posteriore senza dubbio estingue il
bito, purchè il creditore l' abbia volontariamente accett
debitore non abbia agito per errore (7), ed ancora
cosa data sia stata contro al creditore rivendicata (8).

3.° Il concorso di due cause lucrative, allorchè colui
nazione, o per altra causa può richiedere una cosa special
tuito, ottiene anche gratuitamente da un altro quella
e non già semplicemente il suo valore (9).

4.° L' estinzione di crediti scambievoli, che l' uno l
tro (10).

5.° La novazione (11).

B. Specialità.

a) *Della deduzione e compensazione* (*).

§ 242. Per rispetto all'estinzione di crediti reciproci, ch
verso l'altro, son da distinguere due casi: 1) la reciproca
crediti di diversa specie, *deductio*, la quale non può aver
consenso di amendue le parti, eccetto un solo caso nel
antico (1), e 2) l' imputazione reciproca di crediti gene
desima specie, *compensatio* (2), al chè un debitore conve
anche contro la volontà del creditore che pretende il pa

(5) Caj. l. c.

(6) L. 1. § 5. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 17. C. *de solut.* (8.
mod. toll. obl. (3. 29.). Nella *datio in solutum* non dipende neppure
creditore Nov. 4. c. 3.

(7) L. 26. § 4. D. *de cond. indeb.* (12. 6.)

(8) L. 46. D. *de solut.* (46. 3.)

(9) § 6. J. *de legat.* (2. 20.) L. 17. L. 19. D. *de O. et A.* (44. 7
solut. (46. 3.)

(10) V. § 242.

(11) V. § 243.

(*) *Bethmann — Hollweg* Aggiunta al trattato della compensazion
nano vol. I. p. 257. seg. *A. O. Krug*. La teorica della compensazione

(1) Caj. IV. 65-68. L. 15. D. *rat. rem. hab.* (46. 8.) V. § 2

(2) Caj. IV. 66. Paul. S. R. II. 5. § 3.

(3) § 30. 39. J. *de act.* (4. 6.) L. 2. L. 5. D. *de compens.* (16.
de statu lib. (40. 7.) L. 10. D. *de duobus reis.* (45. 2.) L. 1. C. *de*
Nei crediti alternativi in cui solo un oggetto è della stessa specie dell' al

presupposto A) che il suo credito che contrappone all'altro appartenga almeno alle obbligazioni naturali (4), e non sussista semplicemente come *obligatio inefficax* (5), B) che il medesimo sia anche già scaduto (6), e si ritiene come scaduto quando deve soltanto aspettarsi un termine di dilazione dato per l'esecuzione (7), e C) che esista una vera reciprocanza di crediti fra le due parti (8). Nondimeno quest' ultimo requisito in più rapporti si è temperato secondo l'equità. a) Ad un cessionario non può invero opporsi in compensazione che un debito suo proprio, non già anche un debito del cedente (9), ma i crediti acquistati per cessione sono del tutto adatti alla compensazione (10); b) il fidejussore convenuto può invocare per la compensazione tanto un credito del debitor principale, quanto un credito suo proprio (11). c) Del pari un *correus debendi* può valersi per la compensazione anche dei crediti dei suoi condebitori, allorchè son socii (12), e d) un figlio di famiglia può parimenti valersi de' crediti di suo padre (13). Da ultimo e) colui che agisce sul fondamento di contratti di un suo schiavo o figlio di famiglia dee condiscendere che gli si oppongano in compensazione anche i crediti che competono al debitore contro quello schiavo o figlio di famiglia (14). Singolari limitazioni della compensazione introdotte da Senato-consulti e Costituzioni Imperiali sono: A che i debitori del fisco, o di un Comune allorchè sono in debito per cagione di pubbliche imposte o di prezzo di vendita, non possono affatto compensare (15), e per gli altri debiti, il possono solamente in quanto il credito che essi da loro parte oppongono, sia diretto contro la stessa cassa, *statio*, alla quale essi debbono pagare (16), e B) che Giustiniano vietò

tore naturalmente non può compensare che quando la scelta appartiene a lui, o quando il suo avversario ha di già scelto un oggetto della stessa specie L. 22. D. *de compens.* (16. 2.).

(4) L. 6. D. *de compens.* (16. 2.)

(5) L. 14. D. *eod.*

(6) L. 7. pr. D. *eod.*

(7) L. 16. § 1. D. *eod.*

(8) L. 16. pr. L. 18. § 1. L. 23. D. *eod.* L. 9. C. *eod.*

(9) L. 34. D. *de procur.* (3. 3.). Se parecchi ammettono il contrario, ciò si spiega dal perchè questo passo ordinariamente non è avvertito.

(10) L. 18. pr. D. *de compens.* (16. 2.)

(11) L. 4. L. 5. D. *eod.*

(12) L. 10. D. *de duob. reis.* (45. 2.)

(13) L. 9. § 1. D. *de compens.* (16. 2.)

(14) L. 9. pr. D. *eod.*

(15) L. 46. § 5. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 3. L. 7. C. *de comp.* (4. 3.)

(16) L. 1. C. *eod.* Confr. con L. 12. L. 24. D. *eod.*

interamente di opporvè in compensazione un credito stanb
l' *actio depositi*, e nelle azioni per causa d' ingiusta usurpa
Per altro non si ha riguardo alla causa onde il credito è deri
specie di azione (18), come del pari non si ha riguardo se
crediti siano di eguale quantità o no (19), o se uno per avv
duca interessi e l' altro no (20). Anche nelle azioni in *rem*
la compensazione per rapporto alle pretensioni accessorie
dimeno in origine la compensazione era limitata ai *judici*
dei (22). Qui si pensava che l' *arbitrer* nella sua generale
avesse ricevuto facoltà di mettere a conto i crediti opposti
nuto anche, allorchè questi nella stessa istanza di esecuzion
va per la prima volta contro l' *actio rei judicatae* (23), col
zo ambedue i crediti fino alla debita concorrenza vicen
si estinguevano *ipso jure*, non altrimenti che se fosse segui
mento (24), e questo avveniva retroattivamente dal mome
amendue erano esistiti (25). Gli *Argentarii* anzi cadevano
della *plus petitio*, allorchè nel promuovere un'azione non av
medesimi fatta l'imputazione del credito reciproco del loro de
invece aveano aspettato che ne fosse allegata l' eccezione (
forse più tardi divenne regola generale (27). Nei giudizii di st

(17) § 30. J. *de act.* (4. 6.) L. 14. § 2. C. *de comp.* (4. 31.) L. 11.
siti (4. 34.)

(18) L. 10. D. *de comp.* (16. 2.) L. 14. pr. C. *eod.* (4. 31.) § 30. J
6.); Paul. II. 5. § 3. Non si oppone Cajo IV. 61. e § 39. J. *de act.* (
l' *eadem causa* senza dubbio non deve significare se non un credito del
specie.

(19) L. 5. L. 12. C. *eod.*

(20) L. 11. D. *eod.*

(21) L. 32. L. 48. L. 65. pr. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 14. pr. C.
(4. 31.)

(22) Caj. IV. 61-64.; § 30. J. *de act.* (4. 6.)

(23) Caj. IV. 61. 63. Confr. con L. 10. § 1. D. *de compens.* (16.
eod. (4. 31.)

(24) L. 4. L. 10. pr. L. 15. L. 21. D. *eod.* L. 4. D. *qui potior.* (20.
de lib. causa (40. 12.) L. 76. D. *de V. S.* (50. 16.)

(25) L. 11. D. *de comp.* (16. 2.) L. 4. L. 5. C. *eod.* (4. 31.). Intant
pagati di un capitale compensato non potevano per questo esser domandati
7. C. *de solut.* (8. 43.)

(26) Caj. IV. 64. 66. 68. Intanto io penso che qui non si parli se non d
ceptitia (§ 264.), che Giustiniano abolì nella L. 2. C. *de const. pecun.* (
(27) Paul. II. 5. § 3. Ciò si trova qui senza alcuna ambiguità, ma la co
imperocchè altrove non si trova nulla di ciò.

to al contrario il convenuto non avea alcun dritto alla compensazione, eccetto nell'*actio ex stipulatu* per le cauzioni giudiziarie, *stipulationes praetoriae* (28). Se non che Marco Aurelio permise al convenuto di fondare sopra un credito compensabile la *exceptio doli*, e di ritenere per conseguenza l'ammontare del suo credito dalla prestazione che dovea fare; qui però i due crediti sussistevano ancora (29). Ma Giustiniano anche ne' giudizii di stretto dritto attribuì alla compensazione l'effetto di estinguere i crediti *ipso jure*, se non che impose per questo la nuova condizione che il credito reciproco opposto la prima volta nel corso del giudizio e quindi dopo la contestazione della lite dovesse esser liquido (30). Colui che tralascia di opporre la compensazione conserva sempre il suo credito, allorchè non apparisce alcuna rinuncia (31), ed in caso di errore può anzi ripetere come *indebitum* ciò che ha dato (32). Ma se la compensazione è stata rigettata dal Giudice, allora il credito opposto non continua ad aver vigore, se non quando sia stato rigettato unicamente come non proprio alla compensazione, giacchè un credito effettivamente giudicato insussistente può venir respinto con la *exceptio rei judicatae* (33).

b) *Della novazione* *

§ 243. Per novazione s'intende quando alcuno mediante un contratto formale si obbliga a qualche prestazione, affinchè un altro debito o proprio o altrui si estingua, e quindi nel luogo di una obbligazione esistente ne venga posta un'altra (1), il che può avere uno scopo molto di-

(28) L. 10. § 3. D. *de comp.* (16. 2.)
(29) § 30. J. *de act.* (4. 6.)
(30) L. 14. pr. § 1. C. *de comp.* (4. 31.) § 30. J. cit. Anche nell'eccezione proposta immediatamente richieggono la liquidità il Cujacio observ. VIII. 16. X. 12; ed *Hasse* nell' Arch. per la prat. civ. vol. VII. n. 9., ma la ragione di Giustiniano dimostra il contrario.
(31) L. 26. D. *de probat.* (22. 3.) L. 1. § 4. D. *de contr. tut. jud.* (27. 4.)
(32) L. 10. § 1. D. *de comp.* (16. 2.) Confr. con L. 51. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 5. § 2. D. *de impens.* (25. 1.)
(33) L. 8. § 2. D. *de negot. gest.* (3. 5.) L. 30. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 18. § 4. D. *commod.* (13. 6.) L. 7. § 1. D. *de compens.* (16. 2.) L. 1. § 4. D. *de contr. tut. jud.* (27. 4.)
(*) *J. C. Hasse* Diss. an. novat. voluntaria esse possit citra stipulationem. Kil. 1811. 4. *J. Hopp.* Sulla novazione. *Hanau* 1811. 8.
(1) L. 1. pr. L. 2. D. *de novat.* (46. 2). Dalla L. 7. § 6. D. *de pact.* (2. 14.) L. 72 pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) non si dimostra che basti anche un semplice *pactum*.

verso (2). Or siccome ci avea due forme di contratti, co
no anche due forme della novazione (4), la novazione med
zione, la quale è la sola che rimane nel dritto di Giusti
requisiti sono: A. una obbligazione la quale si voglia nov
veramente è sempre sufficiente un' obbligazione naturale
obligatio inefficax solo allora è bastante quando il prome
nosciuto l' eccezione che gli competea (5); B. una convenzi
obbligatoria (6), nel che parimente è sufficiente che ne r
un' obbligazione naturale pel promettente (7); e C. l' esp
razione dell' *animus novandi*, cioè l' intenzione di sosti
contratto all' antica obbligazione (8), giacchè un nuovo
rispetto ad un' obbligazione già esistente può anche m
semplice modificazione o aggiunta (9). Prima di Giustinia
chiarazione non era necessaria, e per tal ragione i Giur
mani pel caso di dubbio avean formato parecchie presu
terminare quando fosse da ritener la novazione. Ma siccom
sunzioni parte erano arbitrarie, e parte neppure erano d
Giustiniano dispose che, quando l'*animus novandi* non f
to, il nuovo contratto si avesse a riguardare come una
giunta all' antica obbligazione (10). Per mezzo di una vali
si estingue *ipso jure* l' antica obbligazione con tutt' i
rii (11), e la nuova obbligazione dee giudicarsi semplicem

(2) Caj. II. 38. III. 176. 178. § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29
5. L. 11. L. 34. § 2. D. *de novat.* (46. 2.) L. 91. D. *de solut.* (46.
. D. *de accept.* (46. 4.)

(3) L. 91. § 6. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 6. C. *si cert. pet.* (4. 2.)

(4) L. 1. § 1. D. *de novat.* (46. 2.)

(5) L. 12. L. 13. D. *cod.* L. 78. § 5. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 25. D

(6) Caj. III. 176.; § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29) L. 3. L. 10.
25. L. 34. pr. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) L. 10. D. *de solut.* (46. 3
de pecul. (15. 1.) L. 27. pr. D. *de pact.* (2. 14.)

(7) L. 1. § 1. L. 9. pr. L. 20. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) Confr.
mod. toll. obl. (3. 29.)

(8) § 3. J. cit. L. 8. C. *de novat.* (8. 42.)

(9) L. 2. L. 6. pr. L. 8. § 2-5. L. 28. D. *eod.* L. 71. pr. D.
L. 44. § 6. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 3. pr. D. *de duob. reis.* (45.

(10) L. 8. C. *de novat.* (8. 42) Confr. *Hepp.* nell' Arch. per
XV. n. 11.

(11) L. 1. pr. L. 15. L. 18. L. 27. L. 29. L. 30. L. 31. § 1. D.
C. *cod.* L. 91. D. *de solut.* (46. 3.). Sul trasferimento dell' antico
nuovo debito veggasi § 200. Nota 16.

il nuovo contratto (12). Nondimeno se la novazione siasi fatta condizionalmente, allora questo effetto dipende sempre dal verificarsi della condizione (13); dove al contrario nella novazione di una obbligazione condizionale è da vedere se il nuovo contratto debba entrare in luogo dell'antica obbligazione assolutamente, o pure solo quando la condizione del primo debito siasi avverata, la quale ultima cosa nel dubbio vien presunta (14). 2) La novazione per mezzo dell' antico contratto *litteris*, la quale cessò insieme con questa forma di contratto ma finchè il *contractus litteris* fu in voga, potè sotto la denominazione di *transcriptio nominis* avvenire in due guise (15), come *transcriptio a re in personam*, allorchè un altro debito iscrivevasi come prestito nei libri di conto (16), e come *transcriptio a persona in personam*, allorchè il debito s' iscriveva sotto il nome di un altro debitore o creditore (17). Oltre a ciò si parla anche di una novazione che interviene per la contestazione di lite (18) e per la sentenza (19), ma in amendue i rapporti non trovasi che una piccola somiglianza con la vera novazione. Imperocchè sebbene la contestazione della lite contenga un contratto finto (20), e sebbene nei *legitima judicia* per le azioni *in jus conceptae* togliesse siffattamente il dritto originario, che l' attore non potea nuovamente agire sul fondamento del medesimo, ma per conseguire il suo scopo dovea continuare l' azione una volta intentata (21), col che stanno in connessione parecchie conseguenze della contestazione della lite divenute posteriormente generali, segnatamente il principio

(12) Soltanto un *dies solutionis* dell' antico debito si sottintende da sè nel nuovo, quando non si è dichiarato il contrario L. 47. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 5. L. 8. § 1. D. *de novat.* (46. 2.)

(13) § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 36. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 14. pr. L. 24. L. 31. pr. D. *de novat.* (46. 2.) L. 30. § 2. D. *de pact.* (2. 14.) L. 72. § 1. D. *de solut.* (46. 3.). Servio Sulpizio voleva qui ammettere anche un' assoluta estinzione dell' antico debito, ma ciò non fu seguito. Caj. III. 179. Se l' antico debito si estingue in altra guisa, prima che la condizione si verifichi, vien meno la novazione L. 21. D. *de acceptil.* (46. 4.)

(14) L. 8. § 1. L. 14. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) L. 60. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(15) Caj. III. 128.; *Keller* negli annali di *Sell* vol. I. n. 3.

(16) Caj. III. 129.; Cic. de Off. III. 14.; Theophilus III. 21. pr.

(17) Caj. 130.; Caj. Epit. II. 9. § 12.; Liv. XXXV. 7.

(18) Caj. III. 180.; Fragm. Vat. § 263.; L. 29. D. *de novat.* (46. 2.)

(19) Caj. l. c.; L. 3. pr. C. *de usur. rei. jud.* (7. 54.)

(20) V. § 76. Nota 8.

(21) Caj. IV. § 107. III. 181.

che chi s' impegna in un giudizio per un debitore, libera pure la contestazione della lite senza dubbio non ha mai e di pegno, le fidejussioni, le obbligazioni d'interessi, i privi dipendenze dei crediti, il che, almeno secondo il dritto pos può dire della novazione (23). Nello stesso modo va la sentenze che riconoscono un credito, le quali del pari lasc re i dritti accessorii (24), ed hanno sol questo di comun zione, che il credito sussiste solamente come dal Giudice nosciuto, e che il creditore non può più intentare l'azion ma gli competeva, ma ha invece l'*actio rei judicatae*.

2) *Senza soddisfazione del creditore:*

A. Rinuncia.

§ 244. Tra le maniere di estinzione, per le quali il cre tiene alcuna sodisfazione, vengono in preferenza indicat convenzioni di rinuncia, per la validità delle quali è pe l'effettiva accettazione per parte del debitore (1). Esse p di due specie:

1.° *Pacta de non petendo*, allorchè il creditore rinun mente all'azione, senza rinunciar però al credito istesso. nuncia è soltanto un *pactum in personam* ovvero *ad di* verità produce solo un'eccezione dilatoria (2), e per que facciamo più oltre menzione; ma se è un *pactum in rem* *tuum* nello stesso tempo, allora ne nasce un' eccezione p nerale, la quale fa discendere il credito alla condizione *inefficax* (3), ed in alcune obbligazioni delittuali anche il

(22) L. 23. D. *de solut.* (46. 3.) L. 11. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) (2.3) L. 2. C. *de O. et A.* (4. 10.) L. 2. C. *de hered. vend.* (4. 39.)

(23) L. 29. D. *de novat.* (46. 2.) L. 22. D. *de tut. act.* (27. 3.) L (22. 1.) L. 11. pr. § 1. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 86. L. 87. D. 17.) L. 8. C. *de pignor.* (8. 14.)

(24) L. 13. § 4. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 3. pr. C. *de usur. rei* 1. C. *etiam ob. chirograph. pecun.* 8. 27.)

(1) L. 91. D. *de solut.* (46. 3.)

(2) L. 7. § 8. L. 17. § 3. 7. L. 18. L. 19. L. 20. L. 21. pr. L. 2 §. L. 27. § 1. L. 56. § 1. D. *de pact.* (2. 14.) L. 3. pr. § 1. D. (4.46.)

(3) L. 7. § 8. L. 17. § 5. L. 21. § 5. L. 27. pr. L. 51. pr. D. *de* L. 5. pr. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

jure si estingue, non altrimenti che, se il creditore avesse pienamente rinunciato al suo dritto (4).

2.° Le vere convenzioni di rinuncia, per le quali il creditore vuole effettivamente abbandonare lo stesso credito, sia in tutto, sia in parte. Qui la regola è l'estinzione *ipso jure;* nondimeno avviene una particolare limitazione pel principio: *omne eodem modo dissolvitur*, *quo colligatum est* (5), il cui senso è che il contratto, che toglie via l'obbligazione, dee corrispondere all' origine della medesima. Pertanto 1) per l'estinzione di un contratto formale si richiede l'applicazione della medesima forma, la quale a questo scopo adoperata chiamasi *acceptilatio*, e siccome la forma più antica dei contratti era il *contractus per aes et libram*, così nel tempo antico eravi pure in corrispondenza una *acceptilatio per aes et libram* (6), la quale nondimeno poteva essere adoperata anche pei dritti nascenti da una sentenza, o da un *legatum damnationis* (7), ed in queste applicazioni si mantenne sino al tempo degl' Imperadori (8). Quando l'antico contratto per *aes et libram* fu ridotto al semplice *contractus verbis* mediante l' interrogazione e la risposta, si dovè per conseguenza anche per l'estinzione dell' obbligazione da esso risultante riguardar come sufficiente la forma dell' interrogazione e della risposta, facendo il debitore l' interrogazione al creditore, se egli avesse ricevuto l'oggetto del debito (*quod ego tibi promisi habesne acceptum?*), e costui rispondendo affermativamente (9). Nel dritto di Giustiniano s' incontra tuttora questa sola forma di accettilazione, e questa s' intende da per tutto sotto il nome di *acceptilatio*. Ma finchè *il contractus literis* fu in vigore eravi eziandio un *acceptilatio literis*, la quale consisteva in ciò, che il creditore nei suoi libri di

(4) L. 7. § 13. 14. L. 17. § 1. L. 27. § 2. D. *de pact.* (2. 14.) L. 53. § 26. D. *de furtis* (47. 2.)

(5) L. 80. D. *de solut.* (46. 3.) L. 35. D. *de R. J.* (50. 17.)

(6) Caj. III. 173. 174.; Liv. VI. 14.

(7) Caj. III. 173. 175.

(8) Manifestamente Cajo l. c. non riguarda l'*acceptilatio per aes et iibram* come un antichità. Forse contribuì a mantenerla in uso la circostanza che, sebbene il *contractus per aes et libram* da lunga pezza non s' incontrasse più, nondimeno nella mancipazione di cose si facevano ancora bene spesso delle convenzioni obbligatorie, in ispecialità la *lex mancipationis vel manumissionis*, e queste tali convenzioni siccome fondate sul contratto *per aes et libram*, anche *per aes et libram* soltanto potevano essere estinte, il qual punto di vista trovavasi anche nel *legatum damnationis*.

(9) Caj. III. 169-172.; § 1. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 1. L. 6. L. 7. L. 8. § 3. L. 14. L. 19. pr. D. *de acceptil.* (46. 4.)

conto portava per ricevuta la somma che gli era dovuta
tilazione, che i Romani di frequente congiungevano anche
to o con altra maniera di estinzione (11), può anche rigua
cemente una sola parte del debito (12), sebbene su di ci
fosse controversia (13), ma in essa non si ammettono nè
determinazioni di tempo (14). 2) Per contrario per la esti
contratto non formale non solo è sufficiente una convenzio
libera da formalità, ma anzi una formale accettilazione, se
detta regola, sarebbe qui propriamente inapplicabile (1
essa ha l'effetto di un *pactum de non petendo* (16),
venzione di rinuncia vale per sè stessa come convenzion
di già dal *jus gentium* (17). Per rispetto ai contratti bilat
luogo una doppia rinuncia. Amendue le parti possono rin
dritti, e quindi toglier via totalmente il contratto, il che
dissensus, e presuppone che non sia stato già pienamente
due parti (18); ma anche una sola delle parti può rinuncia
dito, col qual mezzo però cessa anche il credito dell'altra,
stato di già soddisfatto (19). 3) Pe' crediti che non son fond
tratti, la convenzione di rinuncia non può corrispondere
il credito si è formato, e però, in qualunque modo sia st
può valer soltanto come *pactum de non petendo*, ma non
so jure il debito (20). Intanto qui si può anche provvede
tro modo, che da prima si faccia una novazione dell'obb

(10) *Acceptum ferre* contrapposto ad *expensum ferre* non indica sen
nota in generale la ricevuta di una prestazione Confr. Cic. in Verr. II.

(11) Presso Liv. VI. 14. ciò s'incontra anche per l'antica *accepti*
libram.

(12) L. 7. L. 9. L. 10. L. 13. § 1-3. L. 17. D. *de acceptil.* (46. 4

(13) Caj. III. 172.

(14) L. 4. L. 5. D. *de acceptil.* (46. 4.). Nondimeno direttamente
16. D. *de solut.* (46. 3.)

(15) Caj. III. 170.: L. 8. § 3. L. 13. § 7. L. 19. pr. D. *de accept*
D. *de R. J.* (50. 17.) L. 80. D. *de solut.* (46. 3.) L. 27. § 2. D. *d*
Non si oppone la L. 13. § 7. L. 23. D. *de acceptil.* (46. 4.)

(16) L. 8. pr. L. 19. pr. D. *eod.*

(17) L. 8. §4. D. *eod.*

(18) L. 7. § 6. L. 57. D. *de pact.* (2. 14.) L. 6. § 2. D. *de contr.*
L. 1. L. 2. C. *quando lic. ab empt. disced.* (4. 45.) § 4. J. *quib.*
(3. 29.)

(19) L. 1. L. 5. pr. D. *de rescind. vend.* (18. 5.) L. 23. D. *de a*
Confr. § 240. Nota 4.

(20) Sopra un'eccezione veggasi la Nota 4.

poi si esegue l'accettilazione (21), al qual fine il Giureconsulto Aquilio Gallo compose una formola per poter novare nel tempo stesso più crediti e quindi rinunciarvi, la qual formola dal suo nome vien detta *stipulatio Aquiliana* (22). 4) Le semplici obbligazioni naturali si estinguono *ipso jure* per qualsivoglia convenzione di rinuncia, senza riguardo alla forma, e alla loro origine (23). In generale il rinunciare ad un credito è cosa rimessa all'arbitrio. Ma per risparmiare ad un morto, il più che sia possibile, il disonore che si faccia un concorso sopra la sua successione (24), fu prescritto, probabilmente la prima volta nell'editto del Pretore, che quando gli eredi di alcuno non vogliono accettare una eredità, se non si rilasci loro una quota di tutt'i debiti ereditarii, il magistrato dee a loro richiesta convocare i creditori, e quando la maggioranza di coloro che si son presentati (e qui la maggioranza non si computa secondo il numero delle persone, ma si determina secondo la quantità dei crediti) consente al rilascio, può con un decreto ridurre proporzionatamente i crediti di tutti (25). Solo i creditori col pegno non son tenuti a questo rilascio forzoso; ma, per contrario i creditori privilegiati, secondo un Rescritto di Antonino Pio, sono anche tenuti di condiscendervi (26).

B. Altri casi.

§ [illegible]. Oltre alle convenzioni di rinuncia appartengono ancora ai modi coi quali un debito si estingue senza soddisfare il creditore:

1.° L'avvenimento di circostanze tali, che più non può sussister l'obbligazione, e questo è il senso della regola: *obligationes extinguuntur si in eam causam inciderunt a qua incipere non possunt* (1), la quale

(21) Caj. III. 170.; § 1. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.)

(22) § 2. J. *eod.* L. 18. D. *de acceptil.* (46. 4.) L. 4. L. 5. D. *de transact.* (2. 15.) L. 15. C. *eod.*

(23) L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.)

(24) L. 23. pr. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.)

(25) L. 7. § 17-19. L. 8. L. 9. L. 10. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 58. § 1. D. *mand.* (17. 1.) L. 54. § 1. D. *de manum. test.* (40. 4.). Non è abbastanza chiaro che cosa avea principalmente stabilito il Rescritto di Marco Aurelio, di cui si fa menzione nella L. 8. L. 10. pr. D. *de pact.* (2. 14.); ma è verisimile che in esso fosse imposto a' creditori di obbedire alla citazione del Pretore.

(26) L. 10. pr. D. *de pact.* (2. 14.). Nella contraria L. 58. § 1. D. *mandati* (17. 1.) manifestamente Paolo non ha avvertito al Rescritto di Antonino.

(1) L. 98. pr. L. 140. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) Confr. con L. 11. D. *de judic.* (5. 1.) L. 17. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 11. D. *de servit.* (8. 1.) L. 15. § 1.

non dee assolutamente intendersi come se il sopravvenire di tutte le circostanze, le quali avrebber renduto invalida l'obbligazione, se fossero esistite nel tempo che la medesima si formò, dovesse aver per effetto anche l'estinzione dell'obbligazione (2). Il caso principale è quando la prestazione diviene assolutamente impossibile (3); purchè ciò non avvenga per colpa del debitore medesimo (4), e questi non si trovi in mora (5). Ma nelle obbligazioni alternative debbono esser divenute impossibili entrambe le prestazioni, giacchè se una soltanto è divenuta impossibile, o deve farsi la prestazione che è tuttora possibile, o dee darsi il valore di quella ch' è divenuta impossibile, su di che dee decidere colui al quale la scelta si appartiene (6).

2.° La decadenza in cui il creditore è incorso per effetto di atti di privata autorità, o anche di altri atti, ai quali va annessa la perdita del credito (7), al che si riferisce anche il caso che egli medesimo abbia fatto perdere al debitore ciò che era destinato per la sua soddisfazione (8), ed in certo senso anche il caso che il creditore in un' obbligazione alternativa abbia reso egli medesimo impossibile una delle prestazioni, ovvero siasi trovato in *mora accipiendi*, allorchè una di esse divenne impossibile, nel qual caso il debitore non è neppure tenuto a prestar l'altra, se per avventura non ottenga per quella un risarcimento dal creditore (9).

L. 16. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 3. § 2. D. *de his quae pro non script. hab.* (34. 8.)

(2) L. 31. pr. D. *de donat.* (39. 5.) L. 140. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 70. § 4. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 85. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.). Purchè la predetta regola non si prenda in un senso più esteso di quello che realmente ha, scompariscono tutte le difficoltà e contradizioni, che per rapporto ad essa si è creduto di trovare, la qual cosa si può scusare per le parole della regola.

(3) § 2. J. *de inut. stip.* (3. 19.) § 3. J. *de empt. vend.* (3. 23.) L. 5. pr. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 22. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 23. L. 91. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 185. D. *de R. J.* (50. 17.)

(4) V. § 220.

(5) V. § 222.

(6) L. 16. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 47. § 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 34. § 6. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 2. § 3. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.). Non si oppone la L. 10. § 3. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 95. pr. § 1. D. *de solut.* (46. 3.)

(7) V. § 56. § 69. Nota 21. 22. § 225. Nota 62. L. 1. L. 2. C. *ne liceat potent.* (2. 14.) L. 6. C. *de sepulchro viol.* (9. 19.). Anche la subornazione del giudice da parte del creditore che moveva il giudizio era anticamente una cagione di perdita di questa fatta L. 1. C. *de poena judicis* (7. 49.), ma ciò fu abolito nella Nov. 124. c. 2.

(8) L. 6. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 39. D. *de don. int. V. et U.* (24. 1.)

(9) L. 55. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 105. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 95. § 1. D. *de solut.* (46. 3.)

3.° La prescrizione dell' azione, la quale veramente produce solo un'eccezione perentoria (10), e per conseguenza non estingue *ipso jure* il debito (11), però non lascia neppur sussistere la *naturalis obligatio* (12), ma riduce il debito ad una mera *obligatio inefficax* (13).

4.° Il giuramento da parte del debitore, che egli non debba nulla (14), ed il rigetto del credito mediante un' ingiusta sentenza (15), nel che vale il medesimo, salvochè il credito rigettato continua tuttavia come *naturalis obligatio* (16).

5.° L'avveramento di condizioni risolutive (17), ma non già anche di termini finali, i quali per certo nelle obbligazioni, che han per oggetto una prestazione da farsi una sola volta, non possono incontrarsi, e nelle obbligazioni che durano per un certo spazio di tempo si debbono riguardar solamente come una limitazione e misura della prestazione (18).

6.° La disdetta unilaterale *renunciatio*, ma questa non ha sempre la natura di un atto pel quale uno si voglia ritrarre indietro, ma in certe obbligazioni apparisce solo come una determinazione unilaterale del *dies solutionis*. Per legge essa ha luogo solo per eccezione (19);

(10) L. 28. pr. C. *de usur.* (4. 32.) L. 3. L. 4. L. 8. § 4. L. 9. C. *de praescr. 30. ann.* (7. 39.) L. 1. § 2. C. *de annali exc.* (7. 40.)

(11) L. 19. pr. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 18. § 1. D. *de const. pec.* (13. 5.). Non si oppongono le L. 6. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 37. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 38. § 4. D. *de solut.* (46. 3.) V. sopra § 218. Nota 37.

(12) Non si oppongono le L. 29. § 6. D. *mandati* (17. 1.) L. 2. C. *de luit. pign.* (8. 31.) L. 7. C. *de praescr. 30. an.* (7. 39.). Di altra opinione è con parecchi altri il *Savigny* Sistema vol. V. p. 366. seg. Nella L. 19. pr. D. *de neg. gest.* (3. 5.) un credito prescritto viene ragionevolmente presentato come non estinto, ma nondimeno viene assolutamente contrapposto alla *obligatio naturalis*.

(13) La ragione decisiva è che un eccezione perentoria solo per eccezione ed in tal caso anche solo limitatamente lascia sussistere la *obligatio naturalis* (§ 218.), e che una siffatta eccezione qui non si può abbastanza dimostrare. Confr. *Buchel* Spiegazione del dritto civile n. 1.

(14) § 4. J. *de except.* (4. 13.) L. 43. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 27. L. 28. pr. § 3. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 13. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 56. D. *de re jud.* (42. 1.)

(15) § 5. J. *de except.* (4. 13.) L. 28. L. 60. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 27. D. *de pignor.* (20. 1.)

(16) L. 60. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 8. § 1. D. *rat. rem. hab.* (46. 8.) L. 32. D. *fam. herc.* (10. 2.) V. sopra § 218. Nota 41.

(17) L. 4. § 3. L. 6. pr. D. *de in diem add.* (18. 2.) L. 4. pr. L. 5. D. *de lege commiss.* (18. 3.)

(18) V. sopra § 239.

(19) L. 5. C. *de O. et A.* (4. 10.) L. 12. C. *de contr. empt.* (4. 38.)

ma può sempre pattuirsi, mediante un *pactum displicen*
bia il dritto di farla (20); solo è a notare che quando no
alcun tempo, secondo un editto degli Edili, dee esercitar
giorni (21).

7.° La confusione, quando il credito ed il debito , co
na sola persona (22) , nel che nondimeno si può anche
specie di sodisfazione; giacchè la medesima persona, ch
credito per ciò stesso è parimente liberata da un debito

8.° L'estinzione dell'obbligazione principale, con cu
estinguono anche le obbligazioni accessorie (23).

9.° La morte di una parte, in quanto l'obbligazione
morto sia strettamente personale (24).

10.° L'estinzione per disposizione di legge. La stor
prima volta l'anno di R. 260.) può mostrare parecchi ese
missione conceduta per privilegio speciale, di tutti o di u
biti notati ne'libri di conto, a dinotare il che eravi un es
rata, che cioè eransi formate *novae tabulae* (sc. *accepti et*
Anche sotto Cesare si parlò di una rimessione di questa fat
fosse evitata col mezzo di altri agevolamenti procurati a
Al tempo degli Imperadori per verità non fu riconosciu
zione di debiti di tal fatta; per contrario si trovano ben
na riduzione legale di certi crediti , per la quale almen
essi si estingueva (27).

(20) L. 3. D. *eod.* (18. 1.) L. 3. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L
empt. (41. 4.) L. 4. C. *de aedil. act.* (4. 58.)

(21) L. 31. § 22. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(22) L. 71. pr. D. *de fidejussor.* (46. 1.) L. 75. L. 95. § 2. L.
(46. 3.) L. 7. C. *de pact.* (2. 3.) L. 5. C. *de hered. act.* (4. 16.)

(23) L. 7. § 1. D. *de transact.* (2. 15.) L. 43. D. *de solut.* (46.
D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 178. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 26. pr. C.
Un'eccezione si contiene nella L. 93. § 2. D. *de solut.* (46. 3.)

(24) V. § 262. 263. 284.

(25) Cic. de Off. II. 23. ad Attic. V. 21.; Liv. XXXII. 38. Conf
VI. 1. 22. 37. 83. VII. 30.

(26) Cic. de Off. II. 24.; Caesar. de bello civ. III. 1.; Sueton. in C
simiglianti tendenze posteriori fan menzione *Vellej. Paterc.* II. 68.; Cic.

(27) Così anche Giustiniano diminuì la misura degl' interessi non so
ma anche pei capitali di già impiegati L. 26. L. 27. C. *de usur.* (4. 3

CAPITOLO IV.

SUBBIETTO DELLE OBBLIGAZIONI.

I. Della capacità di obbligarsi.

§ 246. Il creditore ed il debitore vengono tutti e due indicati come i subietti delle obbligazioni. Generalmente la capacità di esser subbietto di un'obbligazione appartiene ad ognuno, così alle persone giuridiche come alle fisiche. Ma si presentano delle particolari restrizioni:

1.° *Pe' peregrini*, per rispetto ai quali anche qui fu applicato il principio che tutto ciò che solo al dritto Romano si appartiene, e che non è fondato nello stesso tempo sul *jus gentium*, non è ad essi applicabile. Secondo ciò essi eran certamente capaci delle *obligationes juris gentium* (1), anzi per lungo tempo furono esenti dalle disposizioni restrittive del dritto Romano, come sarebbe a dire, dalle leggi Romane sull'usura, finchè l'anno di R. 559, una *lex Sempronia* vi assoggettò anche costoro, almeno nel mutuo (2), ma le *obligationes juris civilis* non possono aver luogo per essi, purchè non si possa dimostrare una particolare estensione anche ad essi, ed una siffatta estensione trovasi con sicurezza solo 1) per riguardo a parecchie obbligazioni delittuali dei Romani, per le quali già l'editto del Pretore avea disposto che i peregrini, o che fossero attori o rei, dovessero per finzione ritenersi come Cittadini Romani (3); 2) del pari per riguardo alla stipulazione, la quale a cagione della sua semplicità fu tenuta come appartenente al *jus gentium* (4), ad eccezione della sola formola « *dari spondes? spondeo* », la quale valeva solo tra Romani (5), il che ci lascia congetturare che que-

(1) Caj. III. 132. 93.

(2) Liv. XXXV. 7. Livio qui ci da esattamente il contenuto della legge occasionata dall'usura di creditori stranieri, ed intesa a porre loro un freno « *Ut cum sociis ac nomine latino pecuniae creditae jus idem, quod cum civibus Romanis esset* » e però era un ingiustizia quando di poi non si facevan valere anche a favore de' peregrini le leggi Romane sull'usura, ma senza alcuna misura si riscuotevano da loro gl'interessi, Cic. in Verr. II. 3. c. 70-72. ad Attic. V. 21. VI. 1. 2.; Ascon. ad Cic. pro C. Corn. in argum. Forse si appoggiavano a ciò che la *lex Sempronia* avea da prima riguardato solo i confederati Latini.

(3) Caj. IV. 37.

(4) Caj. III. 92. 93.

(5) Caj. III. 93.

sta fosse stata l'antica formola usata nel contratto per *aes et libram*; imperocchè è fuor d'ogni dubbio che questa antichissima forma di contratto, del pari che le altre applicazioni della mancipazione, richiedeva persone che avessero il *jus commercii*. Era controverso tra i Giureconsulti Romani se i peregrini fossero anche totalmente esclusi dal contratto letterale, giacchè i Sabiniani volevano che fosse valida contro di essi almeno la *transcriptio a re in personam* (6), sul qual proposito sarebbe difficile a dichiarare come una tale opinione abbia potuto venir fuori, mentre il contratto letterale si poggiava sopra l'uso tutto proprio de' Romani dei loro libri di conto. Verisimilmente qui nella comunanza del vivere fu sacrificato il principio alla comodità, e così pure la menzionata *lex Sempronia* dovè aver origine appunto da ciò, che per eludere le leggi Romane sull'usura, si solevano interporre de' creditori peregrini mediante una simulata *transcriptio a persona in personam* (7); or i Sabiniani colla loro solita arrendevolezza si accomodarono a quest'uso, ma i Proculiani stettero fermi al principio.

2.° *Pe' figliuoli sotto la patria potestà;* ove è da farsi una distinzione essenziale tra debiti e crediti. 1) Veramente per regola (8) i figli di famiglia possono esser debitori allo stesso modo che le persone indipendenti (9), ed essi possono anche esser convenuti e condannati pei loro debiti (10). Nondimeno il creditore per essere da essi soddisfatto (11) deve aspettare fino a che abbiano acquistato un patrimonio (12); se essi muojono senza patrimonio, il debito si estingue, purchè non vi sieno altri che per qualche speciale ragione ne siano risponsabili (13); e se son divenuti *sui juris* senza avere ereditato dal padre, per una disposizione dell'editto Pretorio godono del beneficio della competenza (14). 2).

(6) Caj. III. 133.

(7) Livio l. c.

(8) Sopra un' eccezione veggasi il § 253.

(9) L. 39. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 141. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 8. § 4. *de acceptil.* (46. 4.) L. 5. § 10. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 3. § 4. D. *commod.* (13. 6.)

(10) L. 57. D. *de judic.* (5. 1.) L. 3. § 4. D. *commod.* (13. 6.) L. 5. pr. D. *quod cum eo* (14. 5.) L. 44. L. 45. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 39. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 10. § 2. D. *de fidejussor.* (46. 1.)

(11) Questo non giova ad altri che sono anche obbligati pel debito.

(12) L. 10. § 2. D. cit. L. 5. pr. D. *quod cum eo.* (14. 5.)

(13) L. 57. D. *de judic.* (5. 1.) L. 18. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 21. D. *de fidejussor.* (46. 1.)

(14) L. 2. L. 5. D. *quod cum eo* (14. 5.) L. 10. § 2. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 2. C. *quod cum eo* (4. 26.). Ciò non riguarda i debiti che gravano il *peculium castrense* 2. L. 7. D. *de castr. pec.* (49. 17.)

Per contrario i figli di famiglia anticamente non poteano divenir creditori; imperocchè i crediti da essi acquistati, egualmente che ogni altro acquisto, ricadevano sempre al padre (15). Le prime deviazioni da questo principio consistettero semplicemente in ciò, che per alcuni crediti acquistati dai figli di famiglia fu loro permesso anche di agire (16), e che in un pajo di casi si lasciò in sospeso il credito fino a che i figli fosser divenuti *sui juris* (17). Ma da che furono introdotti il *peculium castrense* e *quasi castrense* i figliuoli sotto la patria potestà poterono aver per lo meno dei crediti relativi a tal peculio (18). E di poi che Giustiniano ebbe stabilito la regola, che ogni acquisto dovesse rimanere ai figliuoli, e che il padre tutto al più ne dovesse ritener l'usufrutto (19), questa regola valse eziandio pe' crediti (20); e però i figli di famiglia solo allora continuarono a non poter divenire essi medesimi creditori, quando o avean voluto acquistare non per sè ma pel padre (21), o il credito erasi acquistato per mezzo di cose che formavan parte del *peculium profectitium* (22).

3.° *Per gli schiavi*, i quali anche secondo il dritto Romano novissimo solo pel padrone, e per eccezione, per altre persone, ma giammai per sè stessi possono acquistare dei dritti esigibili per via di azione (23), e però sono incapaci di divenir creditori in tutta l'estensione del significato (24). Forma nondimeno una eccezione la promessa ed il legato della libertà, il fondamento della qual'eccezione trovasi già nel-

(15) D. § 53. Nota 2. Confr. L. 45. pr. § 4. L. 130. D. *de V. O.* (45. 1.)

(16) L. 9. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 18. § 1. D. *de judic.* (5.1.) L. 19. D. *depos.* (16. 3.) L. 13. § 1. L. 19. D. *quod vi aut clam* (43. 24.) L. 5. § 6. L. 11. § 8, L. 17. § 10. D. *de injur.* (47. 10.)

(17) L. 46. D. *de hered. inst.* (28. 5.); Caj. III. 114.

(18) L. 2. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 10. § 2. D. *de fidejussor.* (46. 1.) L. 4. § 1. L. 15. § 1. 4. 3. D. *de castr. pecul.* (49. 17.)

(19) V. § 94. Nota 30.

(20) Pr. J. *per quas pers. nob. obl. acq.* (3. 28.)

(21) In ciò si vede una variazione dal principio: *obligatio tertio non adquiritur* (§ 259.), ma questo residuale effetto dell' antico dritto deve per certo senza controversia essere ammesso.

(22) § 1. J. *per quas pers. nob. adquir.* (2.9.)

(23) Caj. III. 163-167.; § 1-3. J. *per quas pers. nob. obl. acq.* (3.28.) Tit. *de stipulat. servor.* (45. 3.)

(24) L. 41. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 22. pr. L. 107. D. *de R. J.* (50. 17.) § 6. J. *de inut. stip.* (3. 19.). Non è una vera eccezione quando il credito appartiene al *peculium*, sebbene lo schiavo in un certo senso sia trattato come il creditore L. 53. § 20. D. *de furtis* (47. 2.)

le leggi delle dodici tavole (25), quantunque i Rescritti e Senato-Consulti del tempo imperiale fossero i primi ad elevare il dritto degli schiavi alla libertà ad un vero credito capace di farsi valere per via di azione (26), e nasce eziandio un'obbligazione naturale quando è ad essi altramente promessa qualche cosa a proprio loro vantaggio (27). Per quel che riguarda i debiti dicesi del pari che gli schiavi fossero al tutto incapaci di aver debiti (28). Ma questa non è che la regola antica; imperocchè secondo la teorica più recente sopra le *obligationes juris gentium*, gli schiavi per mezzo di convenzioni si obbligano, se non civilmente, almeno naturalmente (29); anzi a cagione di delitti si obbligano civilmente, nel senso che, quando son divenuti liberi, si può per questa cagione promuovere un'azione contro di loro (30), solo è a notare che ciò non può avvenire da parte del loro precedente padrone (31). S'intende di per sè che questi principii valgono eziandio per gli *homines in mancipio*; mentre al contrario *le uxores in manu* anticamente doveano esser trattate come i *filii familias* (32). Si dee anche qui far menzione della regola, che tra persone, delle quali una è in potestà dell'altra, o le quali si trovano insieme sotto la potestà di un terzo, non vi può esser luogo ad alcuna civile obbligazione. Tutto ciò che in altro caso genera un'obbligazione ha certamente questo effetto anche fra quelle persone, ma questa è sempre una semplice obbligazione naturale, sulla quale non si può fondare un'azione (33). Per conse-

(25) Ulp. II. 4.
(26) V. sopra § 124.
(27) L. 14. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 14. D. *de O. et A.* (44. 7.)
(28) V. i luoghi citati nella Nota 24.
(29) L. 14. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 21. § 2. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 50. § 2. D. *de pecul.* (15. 1.) Confr. con L. 1. 2. 3. 5. C. *an serv. pro suo facto post manum.* (4. 14.)
(30) L. 14. D. cit. L. 6. L. 14. § 1. L. 15. L. 42. pr. D. *de noxal. act.* (9. 4.) L. 7. pr. D. *de dolo* (4. 3.) L. 1. § 18. D. *depos.* (16. 3.) L. 15. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 1. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.) L. 4. C. *an. serv. pro suo facto* (4. 14.)
(31) L. 6. C. *eod.*; Caj. IV. 78.
(32) Caj. III. 114. Da ciò che dice Cajo I. 141. pare che segua che gli *homines in mancipio* potevano essi medesimi promuovere l'*actio injuriarium* non altrimente che i *filii familias* (Nota 16.). Ma siccome qui si parla propriamente dell'*actio injuriarum* contro il loro padrone, e tra coloro che eran legati per la *potestas* non avea luogo alcun'azione (Nota 33), così può bene essersi inteso soltanto che il padre di un uomo *in mancipio* avesse pure il dritto all'*actio injuriarum* anche contro il padrone. Confr. § 184. Nota 39.
(33) § 6. I. *de inut. stip.* (3. 19.) Caj. III. 104. IV. 78.; L. 4. D. *de judic.* (5. 1.) L. 38. pr. § 1. 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 16. L. 17. D. *de furtis* (47. 2.) L. 1. § 1. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.) L. 56. § 1. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 11. § 8. D.

guenza allorchè il creditore acquista la potestà sopra il debitore, o al contrario il debitore sopra il creditore, le obbligazioni precedentemente formate perdono la qualità di obbligazioni civili (34), anche per riguardo a coloro che per legge sono risponsabili pel debito (35), e non la ricuperano neppure per l'estinzione della potestà (36). Intanto anche questa regola venne modificata per la concessione di un patrimonio proprio dei figliuoli sotto la patria potestà, mentre i contratti di questi figliuoli o tra loro, o col loro padre sopra oggetti di questo patrimonio generano obbligazioni perfettamente civili (37).

II. Delle obbligazioni solidali (*).

§. 247. Possono incontrarsi più creditori o debitori congiunti insieme tanto da principio quanto posteriormente, principalmente per effetto di successione, ed allora è possibile un doppio rapporto, cioè o quello della divisione, o quello della indivisa obbligazione di tutti. Nel primo caso l'obbligazione propriamente si scompartisce in altrettante piccole obbligazioni, quante sono le persone, cosicchè di più creditori ciascuno ottiene una determinata parte del credito, sulla quale egli solo ed indipendentemente dagli altri può disporre, e di più debitori ciascuno non è tenuto che per una determinata parte del debito, senza che punto lo riguardino le parti dei rimanenti. Nell'ultimo caso per contrario ciascuna delle parti ha la facoltà di richiedere tutto l'oggetto dell'obbligazione, o viceversa è tenuta di prestare interamente l'oggetto, e però qui l'obbligazione viene annoverata tra le *obligationes in solidum* (1), e dai moderni in preferenza si addimanda obbligazione soli-

de inst. act. (14. 3.) L. 18. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 14. § 3. D. *de in diem addict.* (18. 2.) L. 27. § 4. 7. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 6. C. *an. serv. pro suo facto* (4. 14.) L. 12. C. *quod cum eo.* (4. 26.)

(34) L. 11. D. *de judic.* (5. 1.); Caj. IV. 78.; L. 2. § 4. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 3. § 2. D. *de his quae pro non script.* (34. 8.)

(35) L. 37. D. *de noxal. act.* (9. 4.) L. 18. D. *de furt.* (47. 2.)

(36) L. 37. D. *de noxal. act.* (9. 4.) L. 2. § 4. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 27. § 5. D. *de pecul.* (15. 1.). Intanto i Proculiani aveano diversa opinione Caj. IV. 78.; L. 18. D. *de furt.* (47. 2.)

(37) L. 4. D. *de judic.* (5. 1.) L. 2. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 15. § 1-3. *de castr. pecul.* (49. 17.)

(*) J. *Bonchegalli* tract. de duob. reis constit. Lugd. 1559. 8.; *Ribbentropp* della dottrina delle obbligazioni correali. *Gottingen* 1831. 8.; *Appelius* nell' Arch. per la prat. civ. vol. XVI. n. 12.

(1) § 1. J. *de duab. reis.* (3. 16.) L. 2. L. 3. § 1. L. 11. § 1. 2. D. *eod.* (45. 2.) L. 1. L. 3. C. *eod.* (8. 40.) Confr. sopra § 217. n. I. 4.

dale. Per rispetto al modo come un così fatto rapporto p
gine, vale la regola già stabilita nelle dodici Tavole, che l
ni dirette ad una quantità di cose fungibili e per consegue
mente divisibili, allorchè vi sono più creditori o debitori
ipso jure (2); ma in tutte le altre obbligazioni in una so
costanza ha luogo una *obligatio in solidum* (3). Nondimen
gola patisce delle eccezioni:

1. *Per la volontà privata*, ed allorchè questa è la cag
bligatio in solidum, le parti si addimandano *correi creden*
di, ovvero nelle stipulazioni, *correi stipulandi vel promitt*
da ciò si è dedotta l'espressione attualmente in uso di
correale con la distinzione di obbligazioni correali attive e
Ma in tre guise può per la volontà delle parti generarsi
in solidum: 1) Per riguardo ad una obbligazione divisibile
ne può convenirsi espressamente che debbasi indivisamen
tutte o attivamente o passivamente, o anche attivament
mente nel tempo stesso (6). Ciò non impedisce che vi sie
versità secondarie nella posizione delle singole persone (7
lo chiaramente apparisca l'intenzione delle parti di esser
la qual cosa però, secondo la decisione di Giustiniano, no
sumere, allorchè più persone, le quali han contratto insie
to divisibile, si obbligano, senza una più precisa dichiara
lere esser tenute tutte insieme per l'intero oggetto, giacc

(2) L. 6. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 1. C. *si un. ex plur. hered.* (8.3
D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 6 § 1-3. L. 11. § 1-5. D. *de aqua et aqu*
L. 2. § 1. L. 72. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 11. § 1. 2. *de duob.*
Nov. 99. c. 1.

(3) L. 17. D. *de servit.* (8. 1.) L. 25. § 10. D. *fam. herc.* (10. 2.)
5. § 15. D. *commod.* (13. 6.) L. 1. § 43. 44. D *depos.* (16. 3.) L.
D. *locati* (19. 2.) L. 31. § 10. D. *de aedil. Edicto* (21. 1.) L. 2. L.
§ 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 5. L. 9. pr. D. *de duob. reis.* (45. 2.)
de R. J. (50. 17.)

(4) *Ribbentropp* l. c. è stato il primo a fare attenzione a questo modo
conseguenze che da ciò dipendono, mentre prima si prendevano come
spressioni *correi* ed *obligatio in solidum*.

(5) È da censurarsi ciò che alcuni han preso a fare nominando obbli
ogni rapporto di un'obbligazione a più persone, anche quando ha luogo u
qual cosa dà occasione a false intelligenze.

(6) Pr. J. *de duob. reis.* (3. 16.) L. 2. L. 4. L. 11. § 1. 2. D. *eod.*
§ 44. D. *depos.* (16. 3.)

(7) L. 6. § 1. L. 7. L. 9. § 2. D. *de duob. reis.* (45. 2.)

(8) L. 6. pr. § 2. 3. L. 8. L. 9. § 1. D. *eod.*

non si contiene necessariamente se non una fidejussione reciproca, e però ciascuno in particolare non è immediatamente risponsabile che per una porzione virile, ma per le parti delle altre rimanenti non è tenuto che in sussidio (9). 2) Un testatore con una disposizione testamentaria può obbligare solidalmente o i suoi eredi per un debito divisibile che loro si trasmette, o più gravati per un legato divisibile(10). 3) Finalmente o che la obbligazione sia divisibile o no, si possono al proprio creditore o debitore aggiungere per convenzione delle altre persone, allorchè o altri si obbligano solidalmente insieme col debitore(11), o il debitore a piacere del proprio creditore promette di riconoscere anche come suo creditore un altro, il quale allora chiamasi *adstipulator*, e per una specie di anomalia, se è un *filius familias* non acquista il credito al suo padre (12); a questo caso si riferiva il secondo capitolo della *Lex aquilia* trasandato da Giustiniano (13), il qual capitolo dava all'originario creditore un'azione pel risarcimento del danno, allorchè l'*adstipulator* dolosamente avea fatto remissione del debito (14).

2º. *Immediatamente per disposizione di legge.* In alcuni casi per diverse ragioni è disposto che, non ostante la divisibilità, debba aver luogo una *obligatio in solidum*, segnatamente allorchè più persone hanno in comune commesso un delitto, o quando le condizioni di una *obligatio quasi ex maleficio* si verificano per rispetto a più persone; nel qual caso il risarcimento per verità non dee prestarsi più volte, come una pena privata, che ciascuno deve pagare per sè (15), ma la persona danneggiata può a suo talento rivolgersi per l'indennità contro ciascuno dei complici (16). La più parte delle disposizioni di questa

(9) Nov 99. c. 1. Il *prooemium* di questa Novella la dichiara espressamente per un semplice supplemento alla Novella 4., in cui fu introdotto il *beneficium excussionis dei fidejussori* (§ 289). Confr. Nota 35.

(10) L. 8. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 25. pr. D. *de legat.* III. (32.) L. 9. pr. D. *de duob. reis.* (45. 2.)

(11) L. 3. pr. D. *eod.* Questa era prima della Nov. 4. c. 1. la regolare significazione di ogni malleveria; V. § 269.

(12) Caj. III. 110-114. 117.

(13) V. la mia St. § 54. n. IV.

(14) Caj. III. 215. 216. Confr. § 287. Nota 44. e 45.

(15) L. 7. § 5. L. 8. D. *de jurisd.* (2. 1.) L. 55. § 1. D. *de admin. tut.* (26. 7.) L. 1. § 2. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.) L. 34. D. *de injur.* (47. 10.) L. 1. C. *de cond. furt.* (4. 8.)

(16) L. 14. § 15. L. 15. L. 16. pr. D. *quod. met. causa* (4. 2) L. 1. § 10. L. 2-4. D. *de his qui effud.* (9. 3.) L. 51. § 2. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 21. § 9. D. *de furt.* (47. 2.) L. 1. C. *de cond. furt.* (4. 8.) L. 1. C. *de peric. tut.* (5. 38.) L. 1. § 14. D. *de tut. act.* (27. 3.)

specie produce soltanto un debito solidale (17), mancano ne, nelle quali è introdotta la solidarietà anche dei credit nelle obbligazioni solidali non vi è pluralità di obbligazio una sola e medesima obbligazione indivisamente si rifer sì ne segue che la soddisfazione di uno dei creditori so il credito di tutti, e la sodisfazione da parte di uno d libera tutti (19). Questo però non vale semplicemente zione dell'oggetto dell'obbligazione, ma piuttosto è d principio che ogni maniera di estinzione produce effetto quando essa non abbia semplicemente un rapporto str sonale ad una delle parti (21). Anzi secondo il dritto an bligazioni correali propriamente dette la contestazione duceva già per se stessa questo effetto; imperocchè dal un *correus credendi* avea promossa l'azione, gli altri si (22), e quando un *correus debendi* era stato convenut poteano esser più molestati (23). Nelle altre obbligazio sto non avveniva mai (24), e Giustiniano lo abolì anch gazioni correali (25), ma dispose al contrario che l dell'azione dovesse qui sempre reputarsi interrotta per subito chè per rapporto ad uno di essi fosse avvenuta una

(17) L. 25. § 12. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 2. § 5. D. *de V.* (pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 2. C. *de div. tut.* (5. 52.) L. 1. § *act.* (14. 1.) L. 13. § 1. L. 14. D. *de inst. act.* (14. 3.) L. 5. § (15. 4.) L. 60. § 2. D. *mand.* (17. 1.) L. 47. D. *locati* (19. 2.) L. 65.) L. 44. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 5. pr. L. 8. D. *de no*

(18) L. 27. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 2. § 6. L. 3. L. 4. D. *de* Gli *argentarii socii* sono generalmente *correi*; Cic. ad Herenn. II. 13 pr. L. 27. pr. D. *de pact.* (2. 13.)

(19) § 1. J. *de duob. reis.* (3. 16.) L. 2. L. 3. § 1. D. *eod.* (45. ne la L. 18. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(20) L. 13. § 7. 12. L. 16. pr. D. *de accept.* (46. 4.) L. 31. D. L. 2. D. *de duob. reis* (45. 2.) L 27. L. 28. pr. § 3. D. *de jurejur* III. 215.

(21) L. 19. D. *de duob. reis.* (45. 2.) L. 3. § 3. D. *de lib. leg.* (ferisce ancora il caso in cui per la eredità succede la confusione tra il cr *reus debendi* L. 71. pr. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(22) L. 16. D. *de duob. reis* (45. 2.)

(23) L. 2. D. *eod.* L. 116. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 5. D. *de fid* 31. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) L. 1. D. *rat. rem. hab.* (46. 8.)

(24) L. 1. § 10. L. 2-4. D. *de his qui effud.* (9. 3.) L. 5. pr. I (9. 4.) L. 5. § 15. D. *commod.* (13. 6.) L. 1. § 43. D. *depos.* (16 D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(25) L. 28. C. *de fidejuss.* (8. 41.)

ruzione (26). Sta nella natura stessa della cosa che un *pactum de non petendo in personam* conchiuso da una delle parti regolarmente non debba giovare nè nuocere alle altre (27). Ma perfino un *pactum de non petendo in rem* consentito da uno dei creditori non si può opporre mai agli altri (28), e convenuto da uno dei condebitori non giova agli altri, se non in quanto quegli abbia interesse alla loro liberazione, il che avviene sempre nelle società (29). Le conseguenze della mora colpiscono anche solamente il moroso (30). Per contrario per le altre violazioni del rapporto di obbligazione i *correi debendi* propriamente detti debbono essere tutti quanti responsabili (31), mentre per gli altri debitori solidali una siffatta reciproca responsabilità non si può, almeno in generale, sostenere (32). La risoluzione poi della quistione se un creditore solidale che ha ricevuto il pagamento debba farne partecipi gli altri, o il debitore solidale che ha pagato possa richiedere il risarcimento dagli altri, dipende dal rapporto in cui si trovano fra loro; ma dalla solidalità in sè stessa non si può nulla dedurre intorno a ciò (33). Nondimeno un debitore solidale che ha pagato l'intero, per regola, sebbene non sempre, ha il diritto di richiedere in cambio la cessione del credito, per assicurarsi il regresso contro i suoi condebitori (34), ed in un pajo di casi un debitore solidale, finchè i suoi condebitori son solvibili, può anche obbligare il creditore a dividere il suo credito (35), presupposto però che egli

(26) L. 5. C. *de duob. reis*. (8. 40.)

(27) L. 22. L. 23. L. 25. § 1. 2. L. 26. D. *de pact*. (2. 14.) L. 71. § 1. D. *de fidejuss*. (46. 1.) L. 93. pr. D. *de solut*. (46. 3.). Una eccezione si contiene nella L. 32. D. *de pact*. (2. 14.)

(28) L. 27. pr. D. *eod*. Non si oppone la L. 34. pr. D. *de recept*. (4. 8.)

(29) L. 21. § 5. L. 24. L. 25. pr. D. *de pact*. (2. 14.) L. 3. § 3. D. *de lib. leg*. (34. 3.) L. 9. § 1. D. *de duob. reis*. (45. 2.). Per rispetto agli *argentarii socii* dice Cic. ad Herenn. II. 13. che si usava il contrario.

(30) L. 32. § 4. D. *de usur*. (22. 1.) L. 173. § 2. D. *de R. J*. (50. 17.)

(31) L. 18. D. *de duob. reis*. (45. 2.) L. 2. § 5. D. *de V. O*. (45. 1.)

(32) Nella L. 5. § 15. D. *commod*. (13. 6.) si afferma il medesimo pel commodato, ma nella L. 1. § 43. D. *depos*. (16. 3.) si nega pel *depositum*, il che dipende da ciò che qui non ha luogo alcun' obbligo per la custodia. In quanto ai contutori si fanno delle distinzioni. Veggasi il § 147. e 149.

(33) Caj. III. 122.; L. 47. D. *locati* (19. 2.) L. 62. pr. D. *ad leg. falcid*. (35. 2.) L. 2. § 5. D. *de V. O*. (45. 1.) L. 39. D. *de fidejuss*. (46. 1.) L. 11. C. *eod*. (8. 41.) L. 2. C. *de duob. reis*. (8. 40.)

(34) L. 47. D. *locati* (19. 2.) L. 13. C. *eod*. (4. 65.) L. 5. pr. D. *de censib*. (50. 15.) L. 6. C. *arbit. tut*. (5. 51.) L. 2. C. *de divid. tut*. (5. 52.) L. 4. D. *de his qui effud*. (9. 3.)

(35) Caj. III. 121. 123. Paul. S. R. I. 20.; § 4. J. *de fidejussor*. (3. 20.) L. 26. L. 28. D. *eod*. (46. 1.) L. 1. § 11. 12. D. *de tut. act*. (27. 3.) L. 7. L. 9. D. *de*

non siasi reso colpevole di alcun dolo verso il creditore (36). Allora naturalmente la divisione è senza pregiudizio pel creditore, dove al contrario il creditore che spontaneamente divide un' obbligazione correale propriamente detta, il che è sempre in sua facoltà (37), perde per questo modo il dritto di richiedere l'intero da ciascuno (38). E' anche una particolarità propria dell' obbligazione correale propriamente detta che un *correus debendi* possa opporre in compensazione i crediti di un condebitore, il quale stia in società con lui (39).

III. Del passaggio delle obbligazioni in altri (*).

§ 248. Sebbene le obbligazioni in generale sieno de' rapporti giuridici di determinate persone, pure ciò non esclude che le medesime possano passare in altri, solo per questo rispetto si dee far distinzione fra la successione universale e la singolare.

1.° Nella successione universale è regola che ogni volta che una tale successione ha luogo nel patrimonio di alcuno, i suoi crediti e debiti passano a' suoi successori. Le dodici Tavole aveano espressamente riconosciuto il passaggio delle obbligazioni negli eredi (1), ed appunto in questa applicazione aveano pronunciata la divisione delle obbligazioni divisibili (2). E la successione 1) nelle *obligationes ex contractu e quasi ex contractu* non patisce alcuna eccezione, salvo allorchè la natura strettamente personale dell' obbligazione ne renda impossibile il passaggio negli eredi (3), il che molti Giureconsulti volevano ammettere per tutte le obbligazioni, il cui oggetto fosse un fatto in senso stretto, ma questa opinione fu rigettata da Giustiniano (4); per contrario 2) in riguar-

magistr. conv. (27. 8.) L. 47. D. *locati* (19. 2.). Ciò non è elevato a regola generale dalla Nov. 99. c. 1. V. il mio articolo nell' Arch. per la prat. civ. vol. XIX. n. 3.

(36) L. 10. § 1. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 7. D. *de magistr. conv.* (27. 8.)

(37) L. 3. § 1. D. *de duob. reis.* (45. 2.) L. 8. § 1. D. *de legat.* I. (30.)

(38) L. 51. § 4. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 16. C. *eod.* (8. 41.) L. 18. C. *de pact.* (2. 3.)

(39) L. 10. D. *de duob. reis.* (45. 2.)

(*) *C. F. Koch* la dottrina del passaggio dei dritti di obbligazione mediante successione universale e singolare. *Berslau* 1837. 8.

(1) L. 7. C. *de hered. act.* (4. 16.)

(2) L. 25. § 13. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 6. C. *eod.* (3. 36.) L. 1. C. *si un. ex plur. her.* (8. 32.)

(3) L. 16. C. *de usufr.* (3. 33.) L. 2. L. 3. L. 9. D. *quando dies* (36. 2.) Ulp. VI. 7. L. 31. § 2. 3. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 15. § 1. D. *eod.* L. 10. C. *de revoc. donat.* (8. 56.)

(4) L. 13. C. *de contr. et comm. stipul.* (8. 38.)

do alle *obligationes ex maleficio e quasi ex maleficio* ben s'incontra la restrizione, che le azioni penali in generale solo dopo la contestazione della lite possono trasmettersi agli eredi, e che le azioni nascenti da delitto e dirette ad ottenere un risarcimento non passano contro gli eredi, se non in quanto questi ne siano arricchiti (5). La circostanza che i debiti superino l'ammontare dell'eredità per sè stessa non impedisce la loro trasmissione negli eredi (6). Ma i medesimi principii sono ora applicati anche alle altre successioni universali (7), quantunque con alcune modificazioni, le quali non son le stesse per tutti gli acquisti universali (8).

2.° Rispetto alla successione singolare troviamo applicata una regola opposta, che i crediti ed i debiti non possono separatamente nè trasmettersi nè di per se stessi passare in altri (9). Nondimeno questa regola non vale per quelle obbligazioni, le quali come dritti o obbligazioni mediate sono annesse alle cose e per questo le seguono (10). Oltre a ciò può avvenire una trasmissione indiretta per tre modi; 1) Pei soli crediti, mediante cessione dell'azione (11), e questa è appunto la più ordinaria applicazione della cessione, e non richiede neppure il consenso del debitore (12), ma per altro non gli nuoce, perchè egli può trattare il cessionario assolutamente come procuratore dell'originario creditore, e perchè la cessione può riguardare solo i puri crediti e non già un intero rapporto di obbligazione, in cui col credito è congiunta un'obbligazione (13). 2) Tanto pei crediti quanto pei debiti, mediante novazione, allorchè o il debitore si obbliga verso un altro, pel fine che il creditore attuale lo liberi (14), o viceversa un altro si obbliga verso il

(5) V. § 70. Nota 8. 11. e 12.

(6) L. 8. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 3. pr. D. *de B. P.* (37. 1.) L. 10. L. 22. § 14. C. *de jure delib.* (6. 30.)

(7) L. 128. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 19. § 5. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 4. § 6. L. 5. L. 6. D. *de al. jud. mut. causa* (4. 7.)

(8) I particolari intorno a ciò si riserbano alla spiegazione dei singoli acquisti universali. Confr. Caj. III. 81. IV. 35. e II. 34-37. III. 85-87. IV. 145.; Ulp. XIX. 11-15.

(9) Caj. II. 38.; L. 25. § 2. L. 59. § 1. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 13. § 30. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 24. § 1. L. 25. § 1. L. 32. L. 53. D. *locati* (19. 2.) L. 120. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 9. C. *de locat.* (4. 65.)

(10) V. § 3. Nota 5. e § 216. Nota 4.

(11) V. § 69.

(12) L. 3. C. *de hered. vend.* (4. 39.) L. 1. C. *de novat.* (8. 42.)

(13) V. § 69. Nota 6. 7.

(14) L. 13. § 30. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 24. § 1. L. 25. § 1. D. *locati* (19. 2.)

creditore (15), pel fine che questi rinuncii al suo cred
tuale debitore, (16) nel che veramente non vi ha un vero
l'antica obbligazione ma sibbene la sostituzione di u
nondimeno con questo mezzo in sostanza si ottiene il
fetto, ed in pari tempo s'impedisce che la trasmission
za il consentimento di colui che ne potrebbe patir da
primo caso, del debitore (18), nel secondo, del credit
ultimo pei soli debiti, mediante la contestazione di lite
no assume la lite pel debitore, col qual mezzo egli si ad
ma anche a ciò si richiede il consenso del creditore, pe
è tenuto di far lite con un altro (20).

IV. Dell'influenza della *capitis diminutio* (*).

§ 249. Tutte le specie della *capitis diminutio* di un cre
re regolarmente fanno perdere alle obbligazioni la forza
vore come contro il *capite diminutus* (1), e le medesim
non sussistono tuttavia che come semplici obbligazioni
questa regola si fa eccezione: 1) Per le obbligazioni nas
allorchè il debitore patisce una *capitis diminutio* (3); 2
***tiones quae naturalem habent praestationem*, nel caso de**
***nutio* del creditore (4); 3) Per la società, in quanto pe**

(15) L. 1. L. 3. L. 6. C. *de novat.* (8. 42.) L. 8. § 5. L. 12. I
L. 23. D. *eod.* (46. 2.) L. 8. § 5. D. *ad Sct. Vell.* (16. 1.)
(16) Caj. II. 38. III. 176.; § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3.
270. n. II.
(17) Caj. II. 38.
(18) L. 1. L. 6. C. *de novat.* (8. 42.)
(19) Qui la novazione senza il concorso del creditore è impossibile.
(20) V. § 243. Nota 22.
(*) Il mio trattato della restituzione nello stato primiero § 17.
(1) Caj. III. 84. 114. IV. 38. 80.; L. 2. pr. § 2. D. *de cap. m*
pr. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 30. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 19
(48. 2.) L. 47. pr. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 38. § 1. D. *de solu*
3. D. *de sent. pass.* (48. 23.) L. 3. C. *eod.* (9. 51.) L. 1. C. *de f*
16. pr. C. *de usufr.* (3. 33.)
(2) L. 2. § 2. D. *de cap. min.* (4. 5.)
(3) L. 2. § 3. L. 7. § 1. D. *eod.* Paul. S. R. II. 31. § 1. Confr
L. 4. § 2. D. *quod cum eo* (14. 5.) L. 17. § 22. D. *de injur.* (47
sempre, alle obbligazioni delittuali debbonsi equiparare le *obligationes*
(4) L. 8-10. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 2. D. *de op. serv.* (7. 7

nuazione si consente dalle parti che duri tuttavia (5); 4) Pel mandato, sotto la stessa presupposizione (6); e 5) Quando alcuno non ostante una *capitis diminutio media*, ha conservato il suo patrimonio (7). Ma anche prescindendo da queste eccezioni, le obbligazioni non perdono sempre la loro efficacia civile in generale. Imperocchè a) la *capitis diminutio* di un *correus* non altera certamente la relazione degli altri (8). b) La *capitis diminutio maxima* sempre, e la *media*, almeno quando si presenta come pena, porta con se una successione universale. Per lo più il patrimonio vien confiscato; nondimeno in alcuni casi passa anche a persone private (9), e colui che succede non solo acquista i crediti (10), ma deve ancora addossarsi i debiti (11); e da ciò segue eziandio che, allorchè il *capite diminutus* ricupera per grazia il suo patrimonio, anche le obbligazioni per rapporto a lui ricuperano parimente la loro forza civile (12). Altramente stava la cosa secondo il dritto antico per la *capitis diminutio minima*. La più parte dei casi della medesima non han mai avuto per effetto una successione universale, e se nei tempi più antichi una successione di tal fatta avea luogo per l'arrogazione e per la *in manum conventio* di una donna indipendente, nondimeno i soli crediti si trasmettevano (13), presupposto però anche che essi non fossero strettamente personali (14), al contrario i debiti non passavano punto (15). Ma anche qui l'influenza della *capitis diminutio* fu molto temperata in favore del creditore del *capite minutus*. 1) In prima l'Editto promise ai credi-

et usufr. leg. (33. 2.) L. 11. D. *de alim. leg.* 34. 1. L. 3. pr. § 1. D. *de his quae pro non script. hab.* (34. 8.) L. 16. D. *de interd. et releg.* (48. 22.)

(5) Caj. III. 153.; L. 4. § 1. L. 58. § 2. L. 65. § 11. D. *pro socio* (17. 2.)

(6) L. 61. D. *mandati* (17. 1.) Confr. con Caj. III. 114.

(7) L. 14. § 3. D. *de interd. et releg* (48. 22.) L. 21. D. *de V. S.* (50. 16.). Qui non si applicano le limitazioni delle obbligazioni dei *peregrini*.

(8) L. 19. D. *de duob. reis.* (45. 2.)

(9) V. sopra § 121.

(10) L. 19. § 5. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 10. § 1. D. *de bon. damn.* (48. 20) L. 5. C. *de sent. pass.* (9. 51.)

(11) L. 2. pr. L. 7. § 2. 3. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 10. pr. D. *de bon. damn.* (48. 20.) L. 1. § 1. L. 1. D. *de jure fisci* (49. 14.) § 5. J. *de nox. act.* (4. 8.) Caj. V. 77.

(12) L. 2. L. 3. D. *de sent. pass.* (48. 23.) L. 3. 4. 5. 12. C. *eod.* (9. 51.)

(13) Caj. III. 82-84.; § 1. J. *de adq. per arrog.* (3. 10.); Theoph. III. 10. § 1.; L. 15. pr. D. *de adopt.* (1. 7.)

(14) Caj. III. 83.; L. 65. § 11. D. *pro socio* (17. 2.) § 1. J. cit.

(15) Caj. III. 84. L. 42. D. *de pecul.* (15. 1.) Confr. nondimeno il § seg. Nota 15. e 17.

tori la *in integrum restitutio propter capitis diminutionem* (16), con l'effetto, che il *capite minutus* potesse sempre esser convenuto pei suoi debiti precedenti, e che, quando costui si trovasse sotto la potestà di un altro, questi fosse tenuto di dare in sodisfazione del debito il patrimonio, che il *capite minutus* per avventura gli avesse arrecato, come pure tutti gli acquisti del medesimo (17). 2) A questo si aggiunse un altro Editto, il quale dispose che i figliuoli emancipati egualmente che coloro, i quali senza ereditare dal padre per altro modo fosser divenuti *sui juris*, in quanto ai debiti da essi prima contratti, potessero esser convenuti solo per quel tanto che potessero pagare senza pregiudizio di ciò che era necessario pel proprio sostentamento, *in quantum facere possent* (18). Dal che derivò per conseguenza che qui non vi fosse più mestieri neppure della restituzione per poterli convenire, e questa disposizione fu applicata anche ai figliuoli adottati da un altro, allorchè di poi il loro padre naturale fosse morto (19). Finalmente a ciò si aggiunse anche la disposizione di Giustiniano per l'arrogazione, cioè che l'arrogatore, senza una precedente restituzione dovesse soddisfare i creditori, che l'arrogato avea al tempo dell'arrogazione, oppure abbandonar loro il patrimonio e l'acquisto del medesimo (20). Secondo ciò anche la *capitis diminutio minima* è dannosa quasi unicamente al *capite minutus*, perchè toglie ai suoi crediti la forza civile, e non gli è neppure conceduta alcuna restituzione (21).

V. Delle obbligazioni che si contraggono per mezzo di altri.

1) *Per la* potestas.

§ 250. Il principio, che di già abbiamo incontrato nei contratti, che ciascuno può obbligar solo sè medesimo (1), vale eziandio nelle altre cause di obbligazione, non solo cioè nè delitti ma anche in quelle azioni, dalle quali sorgono le *obligationes quasi ex contractu*, o *quasi ex*

(16) L. 2. D. *de in integr. rest.* (4. 1.) L. 2. § 1. 4. L. 7. § 3. D. *de cap. min.* (4. 5.); Paul. I. 7. § 2.; Confr. § 89.

(17. Caj. III. 84. IV. 38. 80.; L. 2. § 2. D. *de cap. min.* (4. 5.)

(18) L. 2. pr. L. 4. pr. § 2. L. 5. pr. D. *quod cum eo.* (14. 5.) L. 2. C. *eod.* (4. 26.)

(19) L. 2. § 1. D. *eod.*

(20) § 2. J. *de adq. per arrog.* (3. 10.)

(21) V. il mio trattato della rest. in int. p. 278.

(1) V. sopra § 233. Nota 1. e 6.

maleficio (2). Intanto questo principio va soggetto a molte eccezioni, le quali per la massima parte hanno origine dall'editto del Pretore. Una moltitudine di queste eccezioni sta in connessione con la *potestas*.

1°. Secondo la regola dell'antico dritto civile, che chi ha la *potestas* sopra altri, ottiene anche tutto il loro acquisto (3), ricadono al medesimo anche i crediti acquistati dalle persone a loro sottoposte (4), e non sono che notevoli restrizioni di questo principio : 1) che allorchè all'*homo alieni juris*, il quale fa l'acquisto, si è riserbato un dritto di scelta tra più prestazioni, egli medesimo debba fare la scelta (5) ; 2) che quando l'oggetto è strettamente personale, il credito si estingua colla morte dell'*homo alieni juris acquirente* (6) ; 3) che uno schiavo allorchè appartiene a più persone, possa contrarre a solo benefizio di uno o di alcuni dei suoi padroni (7), e che quando alcuno ha su di lui un possesso di buona fede ovvero usufrutto, lo schiavo acquisti al possessore o all'usufruttuario i crediti acquistati col patrimonio di lui, o mediante i servigi prestati (8) ; 4) che da ultimo, i figliuoli sotto la patria potestà, secondo il dritto nuovo, non acquistano più pel loro padre, se non quando abbiano precisamente voluto acquistar per lui, o quando il credito siasi procurato col suo patrimonio (9). Ma dall'altro lato quegli che ha la *potestas* non può affatto acquistar crediti a coloro che ha sotto il suo potere. Nondimeno i contratti conchiusi a loro utilità non possono essere riguardati come fatti a favore di un terzo, ma per

(2) L. 11. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 6. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(3) V. sopra § 53. Nota 2.

(4) Caj. III. 114. 163.: pr. § 1. 2. J. *de stip. serv.* (3. 17.); pr. J. *per quas pers. nob. obl. acquir.* (3. 28.) L. 40. pr. L. 45. pr. § 4. L. 130. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 1. pr. L. 14-16. L. 18. § 2. L. 40. D. *de stip. serv.* (45. 3.)

(5) L. 76. pr. L. 141. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

(6) § 2. J. *de stip. serv.* (3. 17.) L. 18. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 9. D. *quando dies* (36. 2.). Per le servitù personali questo ora non deve aver luogo in conseguenza della L. 17. C. *de usufr.* (3. 33.)

(7) Caj. III. 167.; § 3. J. *de stip. serv.* (3. 17.) § 3. J. *per quas pers. nob. obl. acq.* (3. 28.) L. 1. § 2. 4. 6. L. 2-11. L. 17. L. 18. pr. § 1. 2. L. 21. L. 27. L. 28. L. 29. L. 37. D. *de stip. serv.* (45. 3.). La controversia che intorno a ciò erasi mossa, se uno schiavo, al quale uno dei suoi padroni avea comandato di contrattare per lui, avesse nondimeno contrattato a profitto dell'altro, fu decisa da Giustiniano nel senso che solo il primo dovesse acquistare il dritto L. 3. C. *per quas. pers.* (4. 27.)

(8) Caj. III. 164. 165. ; § 1. 2. J. *per quas pers. nob. obl. acq.* (3. 28.) L. 1. § 5. L. 14. L. 18. § 3. L. 19. L. 20. L. 22. L. 23. L. 27. L. 31-34. L. 39. D. *de stip. serv.* (45. 3.)

(9) V. § 246. Nota 16-22. Una singolare eccezione si contiene ancora nella L. 18. § 1 D. *de stip. serv.* (45. 3.)

tali contratti egli medesimo divien creditore, non altrimenti che se avesse contratto per se stesso (10). Soltanto si dee notare che quando un padre ha convenuto che sia prestata qualche cosa a' suoi figliuoli dopo la sua morte, i figliuoli acquistano da ciò un credito, ancorachè non sieno divenuti suoi eredi (11).

2°. Una obbligazione generale di colui al quale la *potestas* si appartiene certamente non ha luogo per mezzo dei contratti ed altri fatti obbligatorii delle persone a lui sottoposte, ma nondimeno l'Editto del Pretore in molti casi ha ammesso contro di lui l'azione che nasce o nascerebbe dalla obbligazione, se quegli, che immediatamente si è obbligato, non fosse un *homo alieni juris*, e per tal ragione siffatte azioni in questa applicazione, senza riguardo alla loro propria origine, sono annoverate tra le *actiones honorariae* (12). 1) Se un *homo alieni juris* ha ricevuto un peculio dal suo padrone o padre, allora per tutt'i contratti del medesimo si può intentare un'azione contro il padrone o padre, affinchè egli adempia all'obbligazione fino all'ammontare del peculio (13), ed allora l'azione vien detta *actio de peculio* per indicare la cagione, per la quale qui il convenuto è obbligato (14). Anche quando alcuno ha contratto nel tempo che era *homo sui juris*, e di poi per arrogazione ec. è venuto in potestà di un altro, ed ha conseguito un peculio, il suo attuale *pater familias* è esposto all'*actio de peculio* pei contratti precedenti, sebbene sembri che i Proculiani fossero stati d'altro avviso (15). Nondimeno qui il convenuto sia padrone, sia padre ha anche la facoltà di prededurre ciò che egli medesimo, o un suo socio, o

(10) § 4. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 39. L. 130. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 95. § 5. D. *de solut.* (46. 3.). Secondo il nuovo dritto, in cui i figliuoli generalmente non acquistano più pel padre, le convenzioni conchiuse per loro propriamente dovrebbero esser nulle come le altre convenzioni che fossero conchiuse a benefizio di un terzo. Nondimeno la pratica pare al contrario inclinata a riconoscere il dritto come acquistato ai figliuoli.

(11) L. 45. § 2. D. *eod.*.

(12) L. 2. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 8. § 4. L. 11. § 1. D. *de accept.* (46. 4.) L. un. C. Th. *quod jussu* (2. 31.). Secondo la L. 36. D. *de pecul.* (15. 1.) pare che alcuni Giureconsulti pei *contractus bonae fidei* di un *homo alieni juris*, fossero inclinati a ritenere assolutamente per responsabili il padrone o il padre; ma questa opinione non ebbe voga.

(13) Caj. IV. 73. 74.; § 4. 5. J. *quod cum eo* (4. 7.) L. 1. § 2. 3. 5. 6. L. 3. pr. § 2-10. L. 21. § 4. L. 27. pr. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 7. pr. L. 11. L. 12. C. *quod cum eo* (4. 26.)

(14) *Actio de peculio* non è da prendersi come denominazione di un'azione speciale, ma come *adjectitia qualitas* dell' azione di un contratto in concreto.

(15) L. 42. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 7. D. *de pecul. leg.* (33. 8.)

cuno che stia sotto la sua potestà, o sotto la sua tutela deve avere llo schiavo o figlio di famiglia contraente (16), e se questi è impube-, in generale *l'actio de peculio* non ha luogo se non in quanto per ef-tto del contratto sia avvenuto un accrescimento nel *peculio* (17). Ed che le azioni nascenti da delitto, non sono ammesse come *actiones de culio* se non sotto la medesima presupposizione di un arricchimento, fino alla sua concorrenza (18), e lo stesso vale per le *obligationes uasi ex maleficio* (19). Per contrario le azioni nascenti dalle obbliga-oni *quasi ex contractu* sono qui assomigliate alle azioni nascenti da ntratti (20), e ad esse appartiene sempre anche *l'actio rei judicatae* ndata contro i *filii familias*, per effetto del contratto che si contiene ella contestazione di lite, qualunque sia stato l'originario fondamento ella pretensione (21). Se più compadroni di uno schiavo abbiano dato ascuno un peculio, allora ciascuno non è tenuto che fino alla concorren-ı di questo; ma se il peculio sia comune, allora son tenuti solidalmen-: (22), nondimeno contro più eredi l'azione dee dividersi (23). I pos-ssori di buona fede d'uno schiavo sono qui in tutto assomigliati al ero proprietario (24), ma gli usufruttuarii al contrario solo per quei ali contratti, pei quali lo schiavo acquista loro anche il credito (25). Do-o l'estinzione della potestà ogni *actio de peculio* contro il passato pos-esore si prescrive in uno *annus utilis* (26), purchè non appartenga a

(16) L. 5. § 4. L. 9. § 2-8. L. 11. pr. § 1. 2. 6. 9. L. 12. L. 14. L. 27. pr. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 7. D. *de pecul. leg.* (33.8.)

(17) L. 1. § 4. D. *de pecul.* (15.1.) Confr. § 232. Nota 11-16. Secondo la L. 11. C. *quod cum eo* (4. 26.) pare che questa medesima limitazione abbia luogo per le con-venzioni delle schiave.

(18) L. 3. § 12. D. *de pecul.* (15. 1.)

(19) § 2. J. *de obl. quae quasi ex malef.* (4. 5.) L. 1. § 7. 8. D. *de his qui ef-fud.* (9. 3.) L. 5 § 5. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(20) L. 7. D. *de tutelis* (26. 1.) L. 21. L. 37. § 2. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 11. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 1. C. *quod cum eo* (4. 26.) L. 3. § 13. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 23. § 4. L. 57. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 39. § 1. D. *de evict.* (21. 2.)

(21) L. 3. § 11. L. 5. § 2. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 34. L. 35. D. *de nox. act.* (9. 4.). In questo caso anche pei delitti non si richiede l'arricchimento.

(22) L. 1. § 6. L. 15. L. 16. L. 19. § 1. D. *de pecul.* (15. 1.)

(23) L. 14. D. *eod.* È del tutto singolare che allorquando si muove azione semplice-mente contro un erede, questi, sol che paghi la sua parte, libera gli altri L. 32. pr. D. *eod.*

(24) L. 1. § 6. L. 15. D. *eod.*

(25) L. 2. L. 15. L. 19. § 1. D. *eod.* Confr. Nota 8.

(26) L. 1. pr. § 1. 2. D. *quando de pec. act. ann. est.* (15. 2.). Nell'*actio tutelae*

a quelle tali azioni che si prescrivono anche in un t
ve (27). Intanto allorchè la potestà è passata in un altr
pari costituito un peculio, il creditore può agire anche c
le possessore (28). 2) Valgono principii alquanto dive
peculio siasi dato nello scopo di esercitare un commerci
questo fine siasi impiegato con saputa e volontà del pad
dre (29). Un creditore in questo, come in ogni altro caso
peculio (30); ma egli può eziandio domandare una divisi
lio per contributo tra tutt'i creditori, ed allora l'azione
ctio tributoria (31). Questo ha il vantaggio che il pad
non può prelevare i suoi crediti, ma soltanto concor
tri (32); ha però anche lo svantaggio, che il creditore
condiscendere alla ripartizione del peculio, ma è anche
star cauzione di restituire proporzionatamente, nel
steriormente si scoprissero altri debiti di già esistenti (3
buzione appartiene al padrone o al padre (34), se pu
preferisca di abbandonare tutto il peculio ai creditori,
dovrà aver luogo una distribuzione giudiziaria (35). Ma s
pagare, ovvero ingiustamente abbia fatta la distribuzione
ver luogo contro di lui l'*actio tributoria* (36), la qua
contro gli eredi ed altri successori universali, in quant
gano il peculio (37), ma non passa affatto contro colo
singolare gli son succeduti nella potestà (38). 3) Se l'og
tratto conchiuso da un *homo alieni juris* in tutto o in p
impiegato a beneficio del padre o padrone, allora o ch
culio o no, compete contro costui l'azione del contratto,

de peculio contro il padre del tutore l'anno non comincia a correre
del pupillo L. 11. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 37. § 2. D. *de adm.*

(27) L. 2. pr. D. *quando de pecul. act.* (15. 2.)

(28) L. 11. § 8. 9. L. 12. L. 13. L. 27. § 2. 3. D. *de pecul.* (
de adopt. (1. 7.)

(29) Caj. III. 72. 74.; § 3. 5. J. *quod cum eo* (4. 7.) L. 1. § 2
tributor. act. (14. 4.)

(30) L. 9. § 1. L. 11. L. 12. D. *eod.*

(31) Caj. III. 72.; § 3. J. *quod cum eo.* (4. 7.)

(32) L. 1. pr. L. 5. § 6-10. D. *de trib. act.* (14. 4.)

(33) L. 5. § 19. L. 6. L. 7. pr. D. *eod.*

(34) Caj. l. c.; § 3. J. cit.

(35) L. 7. § 1. D. *eod.*

(36) L. 7. § 2-4. L. 12. D. *eod.*

(37) L. 7. § 5. L. 8. L. 9. pr. § 2. D. *eod.*

(38) L. 10. D. *eod.*

caso addimandasi *actio de in rem verso*, fino a concorrenza di quanto l'impiego sia effettivamente tornato a suo vantaggio (39), e lo stesso vale per quei tali affari di un *homo alieni juris*, da'quali risulta un'obbligazione *quasi ex contractu* (40). Non monta che il vantaggio una volta conseguito siasi posteriormente perduto (41); ma se l'impiego sia avvenuto solamente a benefizio di uno fra più padroni, allora solo costui ne rimane obbligato (42). 4) Si estende anche maggiormente l'obbligazione allorchè un *homo alieni juris* per comando *jussu* del suo padrone o padre abbia conchiuso un contratto, ovvero allorchè questi lo abbia posteriormente approvato; imperocchè quì l'azione del contratto sotto il nome di un' *actio quod jussu* ha luogo in tutta la sua estensione, *in solidum*, contro il padrone o padre (43), ma se un solo fra più padroni abbia dato il comando, l' azione non ha luogo che contro di lui soltanto (44). Al comando del padrone o padre medesimo viene assomigliato quello del suo tutore o procuratore (45); ed anche l'usufruttuario e possessore di buona fede di uno schiavo per effetto del suo comando rimane obbligato (46). Da questi principii dipende che quando un *filius familias* maritato ha ricevuto una dote, se il matrimonio sia stato approvato dal padre, le azioni per la restituzione della dote possono assolutamente esser dirette contro il padre, come se la dotazione fosse avvenuta di sua volontà (47). 5) Per tutti i delitti di uno schiavo, anche per quelli che avesse commessi prima di aver perduto la libertà, le azioni nascenti dal delitto competono contro colui che al tempo, in cui l'azione si promuove, possiede lo schiavo, o dolosamente ha cessato di possederlo; e quest'azione tende allo scopo che o risarcisca il danno e paghi le pene private, o abbandoni lo schiavo all'attore mediante la *noxae datio* (48). Sotto questo rapporto se vi son più padro-

39) Caj. IV. 73. 74.; Paul. S. R. II. 9.; § 4. 5. 8. J. *quod cum eo* (4. 7.) L. 1. D. *eod.* (14. 5.) L. 1. pr. L. 2. L. 3. § 9. L. 5. pr. D. *de in rem. verso* (15.3.) L. 3. L. 7. pr. L. 12. C. *quod cum eo* (4. 26.)

40) L. 1. C. *eod.* L. 21. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(41) L. 3. § 7. 8. 10. D. *de in rem verso* (15. 3.)

(42) L. 13. D. *eod.*

(43) Caj. IV. 70.; § 1. J. *quod cum eo* (4. 7.); L. 1. L. 7. D. *eod.* (14. 6.) L. 1. pr. § 1-6. L. 2. § 1. D. *quod jussu* (14. 4.) L. un. C. Th. *eod.* (2. 31.)

(44) L. 5. § 1. D. *eod.* L. 13. D. *de in rem verso* (15. 3.)

(45) L. 1. § 9. L. 2. pr. L. 4. D. *quod jussu* (14. 4.)

(46) L. 1. § 8. D. *eod.*

(47) Fragm. Vat. § 102. L. 36. D. *de pecul.* (15. 1.); L. 22. § 12. L. 34. § 3. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 10. C. *eod.* (5. 18.)

(48) L. 1. L. 7. L. 11. L. 12. L. 13. L. 16. L. 21. pr. § 2. L. 24. D. *de nox. act.*

ni, son tenuti solidalmente (49). Se il padrone non può trovarsi, o non vuole assumere la lite, allora il danneggiato può appropriarsi lo schiavo, *ducere servum* (50). Che se il convenuto nega di avere lo schiavo, allora l'attore può o deferirgli il giuramento su questo punto, o allegare la prova del contrario, ed in quest'ultimo caso il convenuto per pena perde il dritto della *noxae datio* (51). Ma si procede altramente allorchè lo schiavo ha commesso il delitto per comando del padrone; imperocchè, secondo le dodici Tavole, il padrone che ha dato il comando è assolutamente risponsabile, come se egli medesimo avesse commesso il delitto, senza potersi liberare coll' abbandono dello schiavo, il quale in questo caso non rimane punto obbligato (52), anzi pei danni che ricadono sotto la *lex Aquilia* la sola conoscenza del fatto vien riguardata como un comando (53). Per contrario la risponsabilità del padrone fu con particolare Editto mitigata pel caso che più suoi schiavi avessero insieme rubato, nel qual caso per evitare la *noxae datio* il padrone non è tenuto a pagare per risarcimento e per pena più di quel che avrebbe dovuto, se un solo avesse rubato (54). Somiglianti principii valevano anticamente anche pei figliuoli sotto la patria potestà (55), se non che i Proculiani richiedevano per la *noxae datio* di un figliuolo una triplice mancipazione (56), e se il padre non si potea trovare, o non valea assumere la lite, non avea luogo la *ductio*, ma potevasi soltanto agire contro lo stesso *filius familias* (57). Ma Giustiniano cambiò tutto questo vietando la *noxae datio* dei figliuoli (58), e per conseguenza il padre non rimane tuttora risponsabile pei delitti dei figliuoli, se non quando o può aver luogo un' *actio de peculio* (59), ovvero i figliuoli han

(9. 4.) L. 215. D. *de V. S.* (50. 16.); Caj. IV. 75-78. ; pr. § 1-6. J. *de nox. act.* (4. 8.)

(49) L. 5. pr. L. 8. D. *eod.*

(50) L. 2. § 1. D. *si ex nox. causa ag.* (2. 9.) L. 6. D. *de publ. act.* (6. 2.) L. 21. pr. L. 26. § 6. L. 32. D. *de nox. act.* (9. 4.)

(51) L. 21. § 1. L. 22. § 4. D. *eod.*

(52) L. 2. § 2. D. *eod.*

(53) L. 2. § 1. L. 3. L. 4. pr. L. 5. L. 9. L. 17. pr. D. *eod.*

(54) L. 1-4. D. *si famil. furt. fecisse dicetur* (47. 6.) L. 32. D. *ad leg. Aquil.* (1. 2.) L. 9. D. *de jurisdict.* (2. 1.)

(55) Caj. IV. 75. 77. 78.

(56) Caj. IV. 79. Confr. sopra § 92. Nota 26.

(57) L. 33-35. D. *de nox. act.* (9. 4.)

(58) § 7. J. *de nox. act.* (4. 8.)

(59) V. Nota 17. e 19.

commesso il delitto per suo comando o almeno con sua saputa (60). 6) Se alcuno per mezzo delle persone che sono sotto la sua potestà acquista un'eredità devoluta ad esse, allora passano in lui anche i debiti ereditarii, giacchè egli qui vien riguardato come erede (61). Questo per verità per regola può riferirsi al fondamento dell'*actio quod jussu*, perciocchè gli *homines alieni juris* non possono adire un'eredità per colui, sotto la potestà del quale si trovano, senzachè questi ne dia loro il comando (62), ma lo stesso vale eziandio allorchè un *filius familias* sia divenuto erede *ipso jure*, nel qual caso egli obbliga il padre, senza che questi abbia consentito (63) 7). Se un padrone di nave *exercitor* sia sotto la potestà, ed esercita il commercio col consenso del suo padrone o padre, questi è solidalmente risponsabile per tutti i crediti che contro colui da quel commercio son derivati (64). 8) Se si prenda alla lettera come giace una notizia che troviamo in Cajo, anche gli *homines in mancipio* e le mogli *in manu* per tutti i loro contratti e delitti obbligavano i loro padroni o mariti a soddisfare interamente il creditore, o ad abbandonargli il patrimonio che con se aveano recato, insieme a tutti gli acquisti che avesser fatti (65). Ma ove qui non si tratti semplicemente della *in integrum restitutio propter capitis diminutionem* per rapporto ai debiti, che si eran contratti prima di cadere sotto la potestà, il che la conchiusione imperfetta di quel passo fa supporre, quella notizia potrebbe solo riguardare i delitti, ed esprimere semplicemente che non fosse stata ammessa la *noxae datio* degli *homines in mancipio* e delle uxores *in manu* (66).

(60) V. Nota 51. e 52. Nel § 7. J. *de nox. act.* (4. 8.) Giustiniano ha soltanto rigettato le azioni nossali contro il padre, il che per conseguenza non ha applicazione nei casi, in cui anche prima non si dava luogo ad alcuna *noxae datio*.

(61) Caj. III. 84.

(62) L. 6. pr. § 4. L. 25. L. 26. L. 30. L. 35. L. 36. L. 45. L. 62. § 1. L. 64-69. D. *de adq. her.* (29. 2.). Qui è indifferente che Giustiniano abbia permesso ai figliuoli sotto la patria potestà di adire anche per sè medesimi L. 8. § 1. 3. 6. C. *de bonis quae lib.* (6. 61.)

(63) L. 6. § 5. D. *eod.* Questo veramente non può più avvenire, imperocchè qui il *filius familias* per la disposizione testè menzionata di Giustiniano acquista sempre per sè stesso.

(64) L. 1. § 19-23. L. 6. pr. D. *de exerc. act.* (14. 1.). Ciò non può dedursi da qualche comando, imperocchè allora dovrebbe essere lo stesso per l'*actio institoria*, il che non è così L. 1. § 20. D. *eod.*

(65) Caj. IV. 80.

(66) Nella proposizione che trovasi in Cajo l. c. « *quotiens ex contractu aut ex maleficio earum ageretur* » le parole » *ex contractu aut* » hanno origine soltanto dalla

2.) *Fatta astrazione dalla* potestas.

§ 251. Le eccezioni dalla regola che niuno non può ob
sè medesimo, le quali non dipendono dalla *potestas* son
cagioni molto diverse:

1.° Alcune poggiano sopra un mandato direttamente o
te ad altri dato. 1) Fin dall' antichità era principio che c
induce altri a commettere un delitto, resti obbligato solid
un complice (1). Forse ciò era di già espresso nelle dodic
Ma pei contratti solo molto più tardi troviano il somigliant
casi: 2) Se un padrone di nave (3) prepone alla medesima
magister navis, al quale affida la direzione della nave (4)
obbligato per tutte le convenzioni conchiuse dal medesim
della nave e del carico (5), cosicchè l' altro contraente h
scegliere se voglia rivolgersi contro il capitano o contro i
nel qual caso l' azione del contratto viene indicata come *a*
ria (7), e questo vale ancora allorchè un procuratore non
pitano abbia trattato in sua vece, ed anche quando si sia
pitano di sostituirsi un altro (8). Nè vale ad escludere l'ob
padrone che il Capitano abbia distornato dal suo scopo
contratto, purchè il creditore si trovi in buona fede (9). P
tenuti solidalmente (10), e se il padrone sta tuttavia so
di alcuno, ed esercita il commercio col consenso di lui, si

congettura dell' editore. Ma è assai inverisimile che gli *homines in ma*
vuto il potere di far perdere al padrone mediante convenzioni tutt
specialmente quando si considera che il *mancipium* più di frequente av
noxae datio, ed allora avea appunto lo scopo di procurare al padrone v
diante l' acquisto. Caj. I. § 140.

(1) L. 1. § 13. D. *de vi* (43. 16.) L. 11. § 3. 5. D. *de injur.* (47
D. *de furt.* (47. 2.) L. 5. C. *de accus.* (9. 2.)

(2) L. 2. § 1. D. *de nox. act.* (9. 4.)

(3) L. 1. § 15. 16. D. *de exerc. act.* (14. 1.) L. 4. C. *de in*
(4. 25.)

(4) L. 1. § 1. 3. 4. D. *eod.*

(5) L. 1. pr. § 7-12. D. *eod.*

(6) L. 1. § 17. L. 5. § 1. D. *eod.*

(7) § 2. J. *quod cum eo* (4. 7.) L. 5. § 1. D. *de exerc. act.* (14.

(8) L. 1. § 5. D. *eod.*

(9) L. 7. pr. D. *eod.*

(10) L. 1. § 25. L. 2. L. 3. L. 4. L. 5. § 2. D. *eod.*

strizione alcuna diriger l'azione anche contro costui (11). Dall'altro lato se sono stati preposti più Capitani, basta di aver contrattato con un solo, purchè non sia stato loro prescritto di non trattare che in comune; ma se sono stati nominati per diversi negozi, allora il contratto deve esser fatto precisamente con colui, nelle cui attribuzioni il contratto si comprendeva (12). L'editto del Pretore, nel quale questi principii furono introdotti, per verità gli avea stabiliti pel caso che il Capitano fosse figlio o schiavo del padrone della nave, e per consequenza anche qui si ebbe innanzi agli occhi la *potestas* (13), ma in seguito di una posteriore estensione questi principii han luogo anche quando sia stata destinata una persona indipendente, ovvero lo schiavo o figlio di famiglia di un altro (14). È verisimile che solo per una più tarda estensione si fosse ammesso che il padrone della nave dovesse rispondere per tutti i delitti dell'equipaggio e che per conseguenza tutte le azioni delittuali per cagione dei loro delitti fossero parimente ammesse come *actiones exercitoriae* (15), ma ad una posteriore estensione si vuol certo attribuire che anche il proprietario dal suo canto potesse avere azione pei contratti conchiusi dal suo Capitano, nel che nondimeno si dava luogo solo ad una *extraordinaria cognitio* (16). 3) Nello stesso modo va la cosa allorchè alcuno che possiede un commercio una fabbrica, o altro simile, nomina un preposto al suo negozio *institor*, al quale affida la direzione dei suoi affari (17), il che l'Editto del Pretore parimente daprima avea introdotto solo pel caso che l'*institor* fosse figliuolo o schiavo del padrone del negozio (18). Qui il padrone del negozio egualmente che il padrone della nave rimane obbligato per tutte le convenzioni che l'*institor* ha conchiuse per il negozio a lui affidato (19), e se vi sono più padroni, tutti sono del pari solidalmente tenu-

(11) L. 1. § 19-23. L. 6. pr. § 1. D. *eod.*

(12) L. 1. § 13. 14. D. *eod.*

(13) Caj. III. 71.; Paul. S. R. II. 6. L'*actio exercitoria* pare anzi essere stata la più antica azione che fosse data contro il padrone o il padre pei negozii del suo schiavo o del figliuolo, imperciocchè nelle fonti è posta sempre in primo luogo.

(14) Caj. l. c.; § 2. J. *quod cum eo* (4. 7.) L. 1. § 4. L. 5. pr. D. *de exerc. act.* (14. 1.)

(15) L. 1. § 2. D. *eod.*

(16) L. 1. § 18. D. *eod.*

(17) L. 3. L. 4. L. 5. pr. § 1-10. L. 7. § 1. 2. L. 8. D. *de inst. act.* (14. 3.)

(18) Caj. l. c.; Paul. S. R. II. 8. § 1.; § 2. J. *quod cum eo* (2. 7.) Confr. con L. 1. L. 7. § 1. D. *de inst. act.* (14. 3.)

(19) L. 1. L. 5. § 11-18. D. *eod.* Qui non si tratta di un' obbligazione nascente da delitto. Non si oppone la L. 5. § 8. D. *eod.*

ti (20). Le sole differenze sono: che quì l'azione appellasi *actio institoria* (21); che il padrone del negozio non è tenuto allorchè l'*institor* ha manifestamente trapassato i limiti delle sue facoltà (22); che colui, nella potestà del quale il padrone del negozio si trova, non è responsabile per lui, se non secondo le ordinarie regole (23); e che l'*institor* non può contro la volontà del padrone sostituirsi un altro (24), mentre al contrario le convenzioni fatte coi garzoni dell'*institor* valgono come fatte con lui medesimo (25). Del resto anche al padrone di un negozio è conceduto in caso di necessità di promuovere l'azione nascente da' contratti del suo *institor* (26). 4) Un mandato speciale per la conchiusione di un contratto ha sempre per effetto che il procuratore possa esser convenuto in forza del mandato perchè faccia la cessione del credito ottenuto mediante il contratto, o perchè consegni la prestazione di già ricevuta (27), e che egli dal suo lato possa agire per esser liberato dalle obbligazioni assunte, o per esserne indennizzato (28), sebbene quest'ultimo dipenda anche dalla condizione, che egli non abbia trapassato il suo mandato (29). Ma rispetto al terzo, secondo l'antica teorica, solo lo stesso mandatario, come l'immediato contraente, diveniva suo creditore o debitore (30), salvo per la società, in cui Labeone già riguardava il mandante come direttamente obbligato pel contratto di società che un altro per suo mandato avesse conchiuso (31). Intanto sotto Settimio Severo sull'autorità, per quanto sembra, di Papiniano fu ammesso il principio generale, che colui il quale ha un mandato per fare un contratto, riguardo a questo debbasi considerare come un *institor* (32).

(20) L. 13. § 2. L. 14. D. *eod.*
(21) Caj. l. c. § 2. J. *quod cum eo* (4. 7.)
(22) L. 11. § 1-6. D. *de inst. act.* (14. 3.)
(23) L. 1. § 20. D. *de exerc. act.* (14. 1.)
(24) L. 1. § 5. D. *eod.*
(25) Paul. S. R. II. 8. § 3.
(26) L. 1. L. 2. D. *de inst. act.* (14. 3.) Confr. Nota 38.
(27) L. 8. § 5. 10. L. 10. pr. L. 26. § 8. L. 43. L. 59. D. *mandati* (17. 1.) L. 51. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 49. § 2. D. *de adquir. poss.* (41. 2.)
(28) L. 26. § 8. L. 45. pr. § 1-5. D. *mand.* (17. 1.)
(29) L. 13. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 49. D. *de procur.* (3. 3.) L. 10. C. *eod.* (2. 13.)
(30) L. 5. § 4. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 51. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 5. § 6. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 67. D. *de procur.* (3. 3.) L. 1. C. *per quas pers.* (4. 27.) L. 6. C. *si quis alteri vel sibi* (4. 50.)
(31) L. 84. D. *pro socio* (17. 2.)
(32) Senza dubbio questa novità sta in connessione con ciò che sotto Settimio Severo

Secondo ciò ora anche il terzo può per effetto del contratto direttamente promuovere azione contro il mandante, nel qual caso la sua azione chiamasi *actio utilis* s. *quasi institoria* (33), e se son più mandanti tutti vi sono solidalmente tenuti (34). Pertanto anche qui si richiede che non siasi trapassato il mandato (35), e nello stesso tempo è mestieri che il terzo abbia contratto in considerazione del mandante che gli fu nominato, *contemplatione mandantis*, in caso contrario solo il mandatario sarà verso di lui obbligato (36), ma questi allora è responsabile assolutamente, mentre un mandatario, il quale espressamente ha contratto nel nome del mandante, dopo che si è ammesso che il terzo possa contro quest'ultimo avere azione, non può esser tenuto se non per quanto dura il suo rapporto di mandato (37). Ma siccome ai padroni di un negozio fu permesso di agire pei contratti del loro *institor*, così fu pure al mandante conceduta la facoltà di agire dal suo canto per l'esecuzione de' contratti conchiusi per suo mandato (38), ovvero di fondarvi sopra un'eccezione (39). 5) Secondo la regola generalmente ammessa nel dritto Romano più recente, che un'approvazione posteriore equivalga ad un precedente mandato (40), chi approva un contratto, che un altro anche senza sua commissione ha per lui conchiuso, può ancora, del pari che un mandante, essere per quel contratto convenuto in giudizio dal terzo (41). 6) Egli è fuor di dubbio che anche l'obbligazione che si contrae per mezzo del tutore da quei che so-

in generale l'acquisto di dritti per mezzo di persone indipendenti fu esteso. V. § 53. Nota 8.

(33) L. 31. pr. D. *de negot. gest.* (3. 5.) L. 13. § 25. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 16. L. 19. pr. D. *de inst. act.* (14. 3.) L. 10. § 5. D. *mand.* (17. 1.) L. 20. pr. D. *de novat.* (46. 2.) L. 5. C. *de inst. act.* (4. 25.)

(34) L. 1. § 25. L. 2-4. D. *de exerc. act.* (14. 1.) L. 13. § 2. L. 14. D. *de inst. act.* (14. 3.) L. 5. § 1. D. *quod jussu* (15. 4.)

(35) L. 5. § 11. 12. L. 11. § 2-4. D. *de inst. act.* (14. 3.) L. 10. C. *de procur.* (2. 13.)

(36) L. 13. C. *si cert. pet.* (4. 2.). Non si oppone la L. 5. § 17. L. 17. § 3. D. *de inst. act.* (14. 3.)

(37) Arg. L. 20. D. *eod.* Non si oppone la L. 67. D. *de procur.* (3. 3.) Confr. Arch. per la prat. civ. vol. III. n. 24. e 25.

(38) L. 13. § 25. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 68. D. *de procur.* (3. 31.) L. 18. § 16. *de damno inf.* (39. 2.) L. 7. 9. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 20. pr. D. *de novat.* (46. 2.) L. 2. C *per quas pers.* (4. 27.)

(39) L. 10-12. D. *de pact.* (2. 14.) L. 50. D. *de procur.* (3. 3.)

(40) L. 12. § 4. D. *de solut.* (46. 3.) L. 25. C. *de don. int. V. et U.* (5. 16.) L. 7. pr. C. *ad Sct. Maced.* (4. 28.)

(41) L. 7. § 1. C. *quod cum eo.* (4. 26.) L. 7. C. *ad Sct. Maced.* (4. 28.)

no sotto tutela (42), ha per suo fondamento la finzione di un mandato. Essa non appartiene all'antico dritto civile, ma piuttosto non se ne ha una certa pruova che al tempo degl' Imperadori; nondimeno è più antica che la formazione della teorica dell'*actio quasi institoria* (43). 7) Si allega come una estensione di ciò, che un soldato il quale ha affidato i suoi affari ad un procuratore, resti per mezzo di costui secondo i medesimi principii obbligato come il pupillo per mezzo del suo tutore (44).

2.° In molti casi i terzi possono rimanere obbligati per essersi procurato loro un vantaggio, *versio in rem*. 1) Le persone morali, per i prestiti che i loro prepositi han contratti per esse rimangono sempre obbligate, ma solo in quanto il danaro sia stato effettivamente impiegato per esse (45); e 2) colui che ha affidato ad un amministratore alcuni affari, per le convenzioni che questi per tali affari abbia fatte, potrà esser convenuto allorchè può dimostrarsi esser tornate a suo vantaggio (46), ma per questo non è sufficiente una semplice assertiva dell'amministratore (47).

3.° Ad una moltitudine di determinati contratti è positivamente attribuito l'effetto di obbligare i terzi. Qui si riferiscono i casi: 1) allorchè alcuno contrae pei suoi futuri eredi, che questi debbano ricevere o prestare qualche cosa (48); 2) allorchè nel conchiudere un contratto reale colui che dà la cosa ne pattuisce la restituzione da farsene ad un terzo (49); 3) allorchè il padre di una moglie stipula che la dote si restituisca alla moglie o a' figliuoli di lei (50); 4) allorchè un creditore nella vendita del pegno riserba al debitore la facoltà di riscattarlo (51); 5) allorchè il donante aggiunge come un *modus* della donazione, che debba prestarsi qualche cosa ad un altro (52); 6) allorchè relativamente ad un credito ereditario si è fatto un *constitutum*

(42) V. sopra § 145.
(43) L. 2. pr. L. 9. pr. D. *de admin. tut.* (26. 7.)
(44) L. 26. D. *de reb. cred.* (12. 1.)
(45) L. 27. D. *eod.* Nov. 120. c. 6. § 3.
(46) L. 7. § 1. C. *quod cum eo* (4. 26.)
(47) L. 13. C. *eod.*
(48) § 15. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 26. pr. D. *depos.* (16. 3.) L. 38. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. un. C. *ut ab her. et contr. her.* (4. 11.)
(49) L. 9. § 8. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 8. C. *ad exhib.* (3. 42.)
(50) L. 45. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 7. C. *de pact. conv.* (5. 14.)
(51) L. 13. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 7. § 1. D. *de distr. pign.* (20. 5.)
(52) L. 3. C. *de don. quae sub. modo* (8. 55.)

biliti o si è prestata una sicurtà al possessore dell'eredità, dal che nasce un'azione anche pel vero erede e pel fedecommessario universale dopo che sarà loro restituita l'eredità (53), la qual cosa però non si può estendere anche ad altri contratti (54); e 7) allorchè un comproprietario promette di non domandare la divisione prima di un determinato tempo, la qual promessa lega anche i suoi successori singolari (55).

4.° Finalmente un principio speciale, di cui qui si vuol fare menzione, è che colui il quale nei negozii, negli affari, o nelle cose altrui, alle quali debba provvedere ed aver cura, si serve dell'opera di altri, certamente non è risponsabile assolutamente pel dolo e per la colpa di costoro, ma è tenuto soltanto allorchè gli si può rimproverare di aver fatto una cattiva scelta. Nondimeno l'azione per delitto che per avventura possa competere contro il colpevole medesimo, non passa mai contro colui (56), egli non può esser convenuto che per effetto del rapporto di obbligazione in cui si trova, come se il danno fosse da sua colpa provenuto (57).

SECONDA SUDDIVISIONE

Singoli rapporti di obbligazione.

CAPITOLO I.°

OBBLIGAZIONI NASCENTI DA' CONTRATTI.

Avvertenza preliminare.

§ 252. Mentre da un lato le obbligazioni che nascono da' delitti non altrimenti che le *obligationes quasi ex contractu* e *quasi ex maleficio*

(53) L. 22. D. *de pec. const.* (13. 5.) L. 21. pr. D. *de fidejuss.* (46. 1.)
(54) L. 17. § 6. D. *de pact.* (2. 14.) L. 78. pr. D. *ad Sct. Trebell.* (36. 1.)
(55) L. 14. § 3. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 16. § 1. D. *pro socio* (17. 2.). Rigorosamente ciò non appartiene qui, imperocchè qui non si trova se non il passaggio di un'obbligazione annessa ad una cosa.
(56) Solo pei padroni di naviglio la cosa va diversamente V. Nota 13.
(57) L. 21. § 3. D. *de negot. gest.* (3. 5.) L. 27. § 9. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 10. § 1. L. 11. L. 20. D. *commod.* (13. 6.) L. 11. D. *de peric.* (18. 6.) L. 11. pr. L. 25. § 7. D. *locati* (19. 2.) L. 20. § 2. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

debbono particolarmente essere esposte e dichiarate, perch
esse ha una sua propria causa generatrice e la sua teori
particolare; dall' altro lato una enumerazione di tutte l
obbligazioni contrattuali è non solo impossibile ma inuti
perocchè il modo come si hanno a regolare molte conve
torie che s' incontrano nella vita, risulta già dai principii
le convenzioni di questa specie. Ma nondimeno ci ha p
numero di convenzioni obbligatorie, per le quali allato
si è pure stabilita una speciale teorica, e per questo h
stieri di una speciale dichiarazione. Or tra queste i
prendono convenientemente il primo posto.

I. Contratti Reali.

1) *Prestito.*

A. Teorica del medesimo.

§ 233. Il più comune e più importante contratto rea
di cose fungibili, le quali debbonsi restituire non già in
una eguale qualità e quantità, il che chiamasi, mutuo
creditae (1). Come contratto reale il mutuo per verità n
cuna forma, sebbene i Romani ne' tempi più antichi ave
me di contrarlo per *aes et libram* (2), ed anche più tard
pulassero formalmente la restituzione (3). Per contrario
ricevuta delle cose da restituirsi è qui essenziale (4); il p

(1) Caj. III. 90.; pr. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 2. L. 3. D. *de*
L. 1. § 2. D. *de O. et A.* (44. 7.). Quando Cajo l. c. pr. J. cit. L.
cred. (12. 1.), ed Isidori Orig. v. 25. fa derivare *mutuum* da *ex meo*
è veramente una cattiva etimologia ; non so poi se *mutuum* e *mutu*
con Varrone de L. L. IV. 36. dalla voce Siculogreca *μοιτον* (Retribu
contracambio, rimunerazione). Certamente il detto « *μοιτον ἀντι μοιτ*
favorisce questa derivazione.

(2) V. § 230. Nota 18. Confr. Uschke il dritto del *Nexum* e l' ant
relativo ai debiti. Lipsia 1846. 8. p. 49. seg. Questo scritto non mi è
durante la stampa di questa parte, e per conseguenza non me ne ho po
pra per le forme Romane dei contratti. Ma mi gode l'animo che nel pe
trovato alcuna ragione di dovere emendare qualche cosa di ciò che h
e 230.

(3) V. § 230. Nota 3.

(4) Caj. III. 132. IV. 116.; § 2. J. *de except.* (4. 13.) L. 2. §
(44. 4.)

messa di restituire o più, o altra cosa da quel che s'è ricevuto non obbliga (5). Originariamente l'oggetto del mutuo dovea anche esser direttamente dato dallo stesso creditore, o almeno da un suo schiavo o *filius familias* dal peculio di lui (6); ma secondo la teorica posteriormente formata dai Giureconsulti classici, esso non solamente è valido quando il creditore fa dare le cose da un altro (7), ovvero quando il suo procuratore fa il mutuo per lui (8), ma eziandio allorchè colui che dà le proprie cose in prestanza, pattuisce che il credito si acquisti ad un altro (9), ovvero allorchè si dà una cosa non fungibile, affinchè quegli che la riceve la venda, e ne ritenga il prezzo come mutuo (10), anzi anche allorchè si conviene che qualche altro debito per l'avvenire abbiasi a tenere come un mutuo (11), il che per verità alcuni Giureconsulti non volevano riconoscere che pel solo deposito (12), ma in fine fu generalmente ammesso (13). Siccome nel mutuo non si dee restituire che una eguale quantità e qualità, così la proprietà delle cose date passa in colui che le riceve (14). Per conseguenza da parte di colui che dà interviene un'alienazione (15), e perciò è necessario che costui, in quanto fa il prestito nel suo proprio nome, sia proprietario delle cose (16), e ne abbia la disposizione (17). Nondimeno anche mancando alcuna di queste condizioni, il mutuo si convalida allorchè le cose sono state dal mutuatario adoperate e consumate di buona fede (18).

(5) L. 11. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 17. pr. D. *de pactis* (2. 14.) L. 5. C. *si certum pet.* (4. 2.)

(6) L. 2. § 4. L. 11. § 2. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(7) L. 2. § 4. L. 15. D. *eod.* L. 10. § 4. L. 34. pr. D. *mand.* (17. 1.)

(8) L. 2. C. *per quas pers.* (4. 27.) L. 4. C. *si cert. pet.* (4. 2.)

(9) L. 2. § 4. L. 9. § 4. 8. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(10) L. 4. pr. L. 11. pr. D. *eod.* L. 34. pr. D. *mand.* (17. 1.) L. 19. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 8. C. *si cert. pet.* (4. 2.)

(11) L. 9. § 9. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(12) L. 34. pr. D. *mand.* (17. 1.)

(13) L. 15. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 5. C. *de non. num pec.* (4. 30.)

(14) Pr. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 2. § 2. L. 9. § 9. L. 20. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 1. § 2. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 38. pr. D. *de donat.* (39. 5.). Non si oppone la L. 213. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.)

(15) Non si oppone la L. 55. D. *de solut.* (46. 3.). Su ciò che ha dato occasione all'opposto assunto di *Cl. Salmasius* Disquisit. de mutuo qua probatur non esse alienationem L. B. 1645. veggasi *Gluck* Sistema delle Pandette vol. XII. p. 29. seg.

(16) L. 2. § 4. L. 12. L. 13. L. 16. L. 41. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(17) § 2. J. *quib alien. licet.* (2. 8.) L. 12. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 9. pr. D. *de auct. tut.* (26. 8.)

(18) L. 11. § 1. L. 12. L. 13. L. 19. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

L'errore sulla persona, con la quale si contrae, rende sempre invalido il mutuo (19); ed è lo stesso per l'errore sulla causa del dare (20). Da un mutuo validamente fatto nasce l'*actio s. condictio ex mutuo* (21), la quale pei prestiti di danaro in moneta che ha corso legale nel paese è di stretto dritto (22), ma non così negli altri casi (23). Secondo la *lex de Gallia Cisalpina* un prestito di danaro della predetta specie avea anche questo di particolare, che in tal caso i magistrati Municipali aveano la facoltà di fare l'*addictio* del debitore in seguito della *manus injectio* (24), mentre in altri casi essa non potea farsi che dal Pretore (25); ma questa differenza non si trova più nel dritto di Giustiniano. I Peregrini son perfettamente capaci dell'obbligazione del mutuo (26); ma 1) gl'impiegati provinciali, secondo alcuni senato-consulti e Costituzioni Imperiali, non possono prestar denaro nella loro Provincia (27), e 2) una particolare limitazione trovasi anche pei mutui dei figliuoli sotto la potestà del padre. Dopo che una *Lex Claudia* ebbe già vietato ai figli di famiglia di prender danaro a mutuo con interessi « *in mortem patris* », cioè con la convenzione espressa che la restituzione avesse a seguire dopo la morte del padre (28), il Senato-consulto Macedoniano fatto sotto l'Imperadore Vespasiano (29) dichiarò privi di forza civile tutti i prestiti di denaro fatti a' figliuoli sotto la patria potestà, e ciò ebbe occasione da questo, che un creditore usurario di un figliuolo di famiglia lo avea spinto a dar morte al padre (30). Per effetto di ciò in questo caso all'*actio mutui* si oppone l'*exceptio Scti Macedoniani* (31), la qua-

(19) L. 32. D. *eod.* Confr. *J. L. Conradi* de Juventiana condictione quae est in L. 32. D. *de R. C. Marb.* 1744. 8.; *Gluck* l. c. § 779.

(20) L. 18. pr. § 1. D. *eod.* L. 36. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(21) Pr. J. *quib. mod. re* (3. 14.)

(22) L. 6. D. *de eo quod certo loco* (33. 4.) L. 3. L. 16. C. *de usur.* (8. 32.) lex de Gallia Cisalp. c. 21.

(23) L. 12. L. 16. C. *eod.*

(24) Lex de Gallia Cisalp. c. 21.

(25) Lex de Gallia Cisalp. c. 22.

(26) Caj. III. 132.; Cic. ad Attic. V. 21. VI. 1. 2.; Livius XXXV. 7.

(27) Cic. in Verr. II. 3. c. 72.; L. 33. L. 34. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 3. C. *si cert. pet.* (4. 2.). Probabilmente ne fu il fondamento la lex Porcia, di cui fa menzione il *Plebiscitum de thermensibus* L. 52-56.

(28) Tacit. annal. XI. 13. Nel Giornale di Schmidt vol. I. p. 67. Nota 2. questa *lex* è confusa col *Sctum Macedonianum*, il che per lo meno è molto dubbio.

(29) Sueton. in Vespasiano c. 11.

(30) L. 1. D. *de Scto Maced.* (14. 6.) § 7. J. *quod cum eo* (4. 7.); Theoph. IV. 7. § 7.

(31) L. 19. D. *de Scto Maced.* (14. 6.)

le è perpetua ed *in rem* (32), e può esser opposta anche dopo la condanna (33); nondimeno come introdotta solo in odio del creditore lascia sussistere la *naturalis obligatio* (34). Il Senatoconsulto vale per tutti i discendenti sotto la patria potestà (35), e contro tutti i creditori (36), senza distinzione se siansi pattuiti interessi o no (37). Ma il medesimo non si applica affatto a' debiti diversi dal mutuo di denaro, purchè, per frodare la legge, sotto le apparenze di un altro debito non si sia celato un mutuo (38), e parimente non si applica a quei mutui che per qualsivoglia ragione son nulli, o possono mediante restituzione esser rescissi (39). Oltre a ciò l'interpetrazione dei Giureconsulti dalle ragioni e dallo scopo del Senato-consulto ne ha dedotte parecchie eccezioni: 1) cioè il prestito è immediatamente, e A. generalmente valido a) allorchè il figlio di famiglia possiede un peculio castrense (40), b) allorchè egli è tenuto come *sui juris* (41), ovvero dolosamente si è fatto creder tale (42), e c) allorchè il prestito fu fatto di consenso del padre (43), o per soddisfare un debito civilmente valido (44), o per provvedere alle proprie necessità (45). È valido poi B. almeno per rispetto al padre a) allorchè questi comandò che si facesse il mutuo (46), o b) il figliuolo trattò come suo *institor* (47), o c) il denaro fu preso pel padre, e fu impiegato a suo prò (48). 2) Si convalida posteriormente

(32) § 7. J. *quod cum eo* (4. 7.) L. 40. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 12. § 13. D. *mandati* (17. 1.) L. 7. pr. § 5. 6. 10. L. 9. § 3. 4. D. *de Scto Maced.* (14. 6.) L. 6. pr. C. *eod.* (4. 28.)
(33) L. 11. D. *eod.*
(34) L. 9. § 4. 5. L. 10. D. *eod.* L. 40. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 14. D. *de reb. cred.* (12. 1.)
(35) L. 1. § 2. 3. L. 9. § 2. L. 14. D. *de Scto Maced.* (14. 6.) L. 6. § 1. C. *eod.* (4. 28.)
(36) L. 15. D. *eod.*
(37) L. 7. § 9. D. *eod.*
(38) L. 3. § 3. L. 7. pr. § 1. 3. L. 13. D. *eod.* L. 3. C. *eod.*
(39) L. 3. § 2. D. *eod.*
(40) L. 1. § 3. L. 2. D. *eod.* L. 7. § 1. C. *eod.*
(41) L. 3. pr. § 1. L. 19. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*
(42) L. 1. C. *eod.*
(43) L. 12. D. *eod.* L. 2. L. 4. L. 7. pr. C. *eod.*
(44) L. 7. § 14. D. *eod.*
(45) L. 7. § 13. D. *eod.* L. 5. C. *eod.*
(46) L. 5. pr. D. *quod jussu.* (15. 4.) L. 12. D. *de Scto Maced.* (14. 6.) L. 5. C. *eod.* L. 12. § 13. D. *mandati* (17. 1.)
(47) L. 7. § 11. D. *de Scto Maced.* (14. 6.)
(48) L. 7. § 12. L. 17. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

il mutuo A. per l'approvazione del padre (49), come pure B. quando il debitore dopo esser divenuto *sui juris*, mediante il pagamento di una porzione, o mediante novazione, o in altro qualsiasi modo riconosce il debito (50). Solo è a notare che, se allora abbia costituito un pegno, non rimane perciò obbligato se non fino alla concorrenza del valore del medesimo.

B. Degl' interessi (*).

§ 254. Un mutuo può farsi gratuitamente, o con interessi, ed in questo caso chiamasi *foenus* (1). Ma sotto il nome d'interessi, *usurae* s'intende quel compenso che in una *obligatio quantitatis* il creditore ottiene per avere il debitore goduto, o perchè gode tuttora (2) della somma prestata, la qual somma per contrapposto a tal compenso vien detta capitale *caput*, *sors* (3). Un così fatto compenso non è certamente limitato al solo mutuo, ma nondimeno in esso s'incontra più di frequente, e però è convenevole che qui se ne parli. Come già per se stesso è manifesto l' obbligazione di pagare gl' interessi è una obbligazione accessoria (4); di più gl' interessi non possono esser richiesti se non in cose della medesima specie del capitale (5), sebbene sia permesso di convenire un compenso di altra sorta (6). Ma l'obbligazione al pagamento degl'interessi non s'intende da sè in ogni debito di un capitale, ma per regola presuppone:

(49) L. 7. § 15. L. 16. D. *eod.* L. 7. pr. C. *eod.*

(50) L. 7. § 16. D. *eod.* L. 2. L. 7. pr. C. *eod.*

(51) L. 9. pr. D. *eod.*

(*) *G. Noodt* de foenore et usuris libri III. L. B. 1698. 4.

(1) *Non. Marcelius* V. 70.; Vetus grammaticus in Gothofredi auct. ling. lat. p. 1342. Lin. 9. seg. p. 1373. lin. 20. seg. Talvolta *foenus* si adopera eziandio per gli stessi interessi L. 58. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(2) L. 58. § 2. 6. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 16. C. *de usur.* (4. 32.) L. 16. § 6. D. *de pignor.* (20. 1.)

(3) L. 13. § 20. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 8. § 4. D. *de usur.* (22. 1.) L. 15. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 58. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. un. § 2. 7. C. *de rei uxor. act.* (5. 13.) Nov. 34. c. 1. Presso Isidoro Orig. V. 25. *usurae* vien derivato da *usus aeris*.

(4) L. 49. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 26. § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 7. L. 34. D. *de usur.* (22. 1.) L. 121. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 26. pr. C. *de usur.* (4. 32.)

(5) L. 23. C. *eod.*

(6) L. 14. L. 16. C. *eod.* L. 8. C. *si cert. pet.* (4. 2.) L. 1. § 3. L. 11. § 1. D. *de pignor.* (20. 1.)

1.° Una convenzione, al che veramente nelle obbligazioni di buona fede è sufficiente un *pactum adjectum* (7), mentre nelle obbligazioni di stretto dritto, e per conseguenza anche nel mutuo di danaro, è necessaria una stipulazione, perchè ne risulti una pretensione civilmente valida (8). Alla promessa mediante convenzione equivale anche una pollicitazione, allorchè questa è obbligatoria (9), come pure un legato da parte del debitore (10), e secondo le Costituzioni di Settimio Severo e Caracalla il pagamento degl'interessi eseguito per più anni da parte del testatore, per rapporto a' suoi eredi o altri successori universali, fa presumere una convenzione sugl' interessi (11).

2.° Nondimeno in più casi possono richiedersi gl'interessi anche senza convenzione o altro negozio civile, *officio judicis praestantur*, parte come risarcimento di danno (12), parte in pena del debitore (13), e parte per semplici cagioni di equità (14). In questi casi, che tutti si riferiscono alla categoria delle *obligationes ex maleficio ed ex variis*

(7) L. 24. D. *depos.* (16. 3.) L. 10. § 4. L. 34. pr. D. *mandati* (17. 1.) L. 24. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 5. C. *de pact. int. empt. et vend.* (4. 54.)

(8) Paul, S. R. II. 14. pr.; L. 40. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 5. § 2. D. *de solut.* (46. 3.) L. 10. § 4. D. *mandati* (17. 1.) L. 3. L. 7. C. *de usur.* (4. 32.) L. 6. C. *si cert. pet.* (4. 2.). La ritenzione degl'interessi già pagati anche qui vien fondata sul semplice *pactum* L. 3. L. 4. L. 7. L. 14. C. *de usur.* (4. 32.)

(9) L. 10. D. *de pollicit.* (50. 12.) V. appresso § 283.

(10) L. 3. § 6. D. *de annuis leg.* (33. 1.)

(11) L. 6. D. *de usur.* (22. 1.). *Muller* tratt. civ. Giessen 1833. n. 6. Non si oppone la L. 7. C. *eod.*, la quale non vuol dir altro, se non che l'adempimento più volte ripetuto di un *pactum de usuris* non lo rende civilmente esigibile. Hanno diverse opinioni sulla L. 6. cit. *Leyser* med. ad pand. spec. 243. med. 7, 9.; *Schweppe.* Dritto Romano privato § 194.; *Gesterding* Errori antichi e moderni dei Giureconsulti n. 1. ; *Gluck* Sistema delle Pand. vol. XXI. p. 51. seg. ; *Unterholzner* nella prescrizione vol. II. § 253.

(12) *Usurae morae* L. 17. § 4. L. 32. § 2. D. *de usur.* (22. 1.) L. 5. C. *de pact. inter. empt. et vend.* (4. 54.) *Usurae pupillares* L. 15. D. *de adm. tut.* (26. 7.); Paul. II. 14. § 6.; tit. C. *de usur. pupill.* (5. 56.). *Usurae rei judicatae* L. 1. L. 2. C. *de usur. rei judic.* (7. 54.). *Usurae ex negotiorum gestione* L. 31. § 3. L. 37. § 1. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 24. C. *de usur.* (4. 32.)

(13) L. 38. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 10. § 3. D. *mand.* (17. 1.) L. 1. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 1. C. *de usur. pupill.* (5. 56.)

(14) L. 2. L. 35. D. *de usuris* (22. 1.) L. 17. § 5. L. 43. D. *eod.* L. 26. § 1. D. *de fideicomm. lib.* (40. 5.) L. 87. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 3. C. *in quib. caus. in integr. rest.* (2. 41.) L. 5. C. *de act. empti* (4. 49.) L. 13. § 20. 21. D. *eod.* (19. 1.) L. 18. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 4. C. *de aedif. priv.* (8. 10.) L. 6. § 12. L. 7. L. 19. § 4. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 10. § 3. D. *de in rem verso* (15. 3.) L. 19. § 3. L. 12. § 9. D. *mandati* (17. 1.)

causarum figuris, è indispensabile una determinazione legale degl'interessi dovuti. Ma anche per gl'interessi convenzionali la misura non è interamente lasciata all'arbitrio (15). Per questa determinazione, che ora si suol chiamare ragione legale degl'interessi, si prende a base l'ordinario modo che i Romani adoperavano nel computare le frazioni, dividendo l'unità *As* in dodici once (16). Il più alto interesse permesso nelle dodici Tavole era il *foenus unciarium*, cioè la duodecesima parte dell'ammontare del capitale per ogni anno, cioè l'8 1/3 per 100. (17). Ma sebbene fossevi la pena del quadruplo pel creditore che oltrepassasse questa misura (18), pure fu necessario che una *lex Duilia Maenia* Anno di Roma 398. inculcasse l'osservanza del *foenus unciarium* (19). Per un Senatoconsulto, Anno di R. 408, il *foenus unciarium* fù ridotto a *foenus semiunciarium* cioè al al 4. 1/6 per 100. (20), e si vuole che una *Lex Genucia*, Anno di R. 413, proibisse anche interamente di ricevere interessi (21). Ma ad ogni modo ciò non ebbe durata; imperocchè le querele dei cittadini poveri intorno all'oppressione usuraria non cessarono, e le restrizioni dell'usura erano deluse facendo comparire come creditori i peregrini, che non erano a quelle restrizioni sottoposti, finchè una *Lex Sempronia*, Anno di R. 559, per porvi un rimedio dispose che i confederati in rapporto ai mutui in denaro

(15) L. 3. § 6. D. *de annuis leg.* (33.1.)

(16) Le denominazioni per queste parti sono: *Uncia* 1/12., *sextans* 1/6 — 2/12., *quadrans* 1/4 — 3/12, — *triens* 1/3. — 4/12., *quincux* 5/12., *semis* 1/2 — 6/12., *septunx* 7/12, *bes* (bis triens) 8/12., *dodrans* (deest quadrans) 9/12., *decunx* s. *dextans* (deest sextans) 10/12., *deunx* (deest uncia) 11/12., as 12/12. Varro de L. L. IV. 36.

(17) Tacit. ann. VI. 16.; *Niebuhr* prima edizione vol. II. p. 431., seconda ed. vol. III. p. 61. La congettura di *Niebuhr* che il *foenus unciarium* fosse stato prescritto soltanto per l'antico anno romuleo di dieci mesi, e che quindi nell'anno di dodici mesi si fosse potuto esigere un 1/10. del capitale ovvero il 10 per 100., il che sarebbe ben corrispondente al rapporto di tutti e due questi anni, trova molto appoggio nelle azioni sopra gl'interessi gravosi del tempo antico. Nondimeno in questo modo non ne risultano interessi sufficientemente alti per giustificare l'opinione, che originariamente gl'interessi avessero contenuto nel tempo stesso una successiva soddisfazione del capitale. Siffatta opinione sta ancora in connessione col falso supposto che fino alla *lex Poetelia* (§ 129.) i debiti fossero stati strettamente personali, e non avessero nè potuto esigersi per via di espropriazione sul patrimonio del debitore, nè passare agli eredi, nel che bisognerebbe ignorare le prescrizioni delle dodici Tavole sulla divisione dei debiti fra gli eredi.

(18) Cato de re rust. prooem.

(19) Liv. VII. 16.

(20) Liv. VII. 27.; Tacit. l. c. Forse questa legge potrebbe chiamarsi *lex Manlia Plautia*, perchè i Consoli di quell'anno si chiamavano T. Manlio Torquato e L. Plauzio.

(21) Liv. VII. 42.; Tacit. l. c. Confr. Appian. de bello civ. I. 54.

dovessero esser trattati con gli stessi principii che i Romani (22). Nel settimo secolo l'usanza dei Greci di pagare gl'interessi a mese fu introdotta anche in Roma, su di che un Senatoconsulto intorno all'anno di R. 700. stabilì come il più alto interesse mensuale le *usurae centesimae*, cioè 1. per 100. e per conseguenza 12. per 100. all'anno(23), e dopo quel tempo la centesima che si pagava per ogni mese divenne l'As, che si prendea più volte, o si dividea in once per esprimere un interesse più alto o più basso (24). Rispetto ai debitori peregrini per verità non era necessario attenersi a quel *maximum*, anzi si esigevano da costoro *binae*, *ternae*, ed anche *quaternae centesimae* al mese (25); ma tra' Cittadini Romani le *usurae centesimae* continuarono fino a Giustiniano ad essere il più alto interesse che fosse lecito (26). Solo per la *pecunia trajectitia*, cioè per un capitale prestato per una intrapresa pericolosa, col patto che si dovesse restituire nel solo caso che l'intrapresa riuscisse (27), gl'interessi, che in tal caso eran chiamati *foenus nauticum* s. *usurae maritimae*, non erano punto limitati (28). Costantino vi aggiunse anche l'eccezione che nei prestiti di frumento per ogni due misure si potesse a titolo d'interessi esigerne una terza (29), e Graziano, che le *usurae rei judicatae* fissate da Caracalla al 12 per 100 (30), dovessero portarsi al 24. per 100 all'anno (31); al contrario Arcadio ed Onorio proibirono ai Senatori di prendere più del mezzo

(22) Liv. XXXV. 7.

(23) Cic. ad Attic. v. 21.: « Sctum modo factum in creditorum causa, ut centesimae perpetuo foenore ducerentur ».

(24) Così chiamansi *binae*, *ternae*, *quaternae*, *quinae centesimae* il 24. 36. 48. 60. per 100. l'anno; per contrario *usurae quadrantes* il 3. per 100., *usurae trientes* il 4. per 100., *usurae quincunces* il 5. per 100., *usurae semisses* il 6. per 100.; *usurae besses* l'8. per 100. all'anno.

(25) Cic. ad Attic. V. 21., VI. 1. 2.; Ascon. ad Or. pro C. Cornel. in Argum.

(26) Paul. II. 14. § 2. 4.; Fragm. Vat. § 11.; L. 8. C. *si cert. pet.* (4. 2.) L. 1. L. 2. C. Th. *de usur.* (2. 33.)

(27) L. 1. L. 3. L. 4. L. 5. pr. D. *de naut. foen.* (22. 2.) L. 1. L. 3. L. 4. C. *eod.*, (4. 33.) *Hudtwalcker* diss. de foen. naut. Rom. Hamb. 1810. 8. Nella prima guerra punica lo stato Romano medesimo fece un prestito di questo genere per la costruzione di una flotta Polyb. I. 59.

(28) Paul. II. 14. § 3.; L. 4. pr. L. 5. L. 6. L. 7. D. *eod.* L. 1. C. *eod.* Non si oppone la L. 4. § 1. D. *eod.*

(29) L. 1. C. Th. *de usur.* (2. 33.)

(30) L. 1. C. *de usur. rei judic.* (7. 54.)

(31) L. un. C. Th. *de usur. rei jud.* (4. 19.)

per 100 al mese (32). Finalmente Giustiniano ridusse di molto la misura degl' interessi.

1.° Gl' interessi convenzionali per regola non possono oltrepassare il 6. per 100. (1/2 centesima al mese) (33). Le *personae illustres* non possono stipulare oltre al 4. per 100. (1/3 centesima al mese) (34). Ma i mercanti l' 8. per 100. (2/3. centesima al mese) (35). Pel *foenus nauticum* è tuttora permesso il 12. per 100. (centesima al mese (36.), e lo stesso è pei mutui che non consistono in danaro « *species foenori datae* » (37). Dai coloni per un prestito di danaro non si può esigere più di una *siliqua* di un *solidus* (4. per 100) ma per un mutuo di frumento 1/8 del capitale (12. 1/3 per 100.) all' anno (38).

2.° La quantità dell' interesse legale generalmente si regola sulla misura degl' interessi che corrono nel paese (39), purchè questi non superino la misura legale (6. per 100.) (40). Nondimeno il Fisco prende sempre il 6 per 100 (41). In un pajo di casi possono anche per pena imporsi i più forti interessi che regolarmente siano permessi (42), per conseguenza ora sempre il 6 per 100. (43), e le *usurae rei judicatae* sono specialmente fissate al 12 per 100. (44). Nondimeno ci ha anche alcuni

(32) L. 4. C. Th. *de usur.* (2. 33.)

(33) L. 26. § 1. C. *de usur.* (4. 32.)

(34) L. 26. § 1. C. cit.

(35) L. 26. § 1. C. cit. Nov. 136. c. 4.

(36) L. 26. § 1. C. cit. La disposizione posteriore della Nov. 106. fu anch' essa abolita di poi dalla Nov. 110.

(37) L. 26. § 1. C. cit.

(38) Nov. 32. c. 1. Nov. 34. c. 1.

(39) L. 38. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 10. § 3. D. *mand.* (17. 1.) L. 1. pr. L. 37. D. *de usur.* (22. 1.) L. 7. § 10. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 3. § 1. D. *de contr. tut. jud.* (27. 3.) L. 39. § 1. D. *de legat.* I. (30.)

(40) L. 26. § 1. C. *de usur.* (4. 32.) Confr. L. 10. § 3. D. *mand.* (17. 1.)

(41) L. 17. § 6. D. *de usur.* (22. 1.) L. 3. C. *de fiscal. usur.* (10. 8.)

(42) Questi casi sono esclusivamente quando un *negotiorum gestor*, ovvero un tutore occultamente ha impiegato per sè il danaro L. 38. D. *de negot. gest.* (3. 5.) L. 7. § 10. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. C. *de usur. pupill.* (5. 56.), e quando si debbono rimborsare ad un compoprietario le spese fatte per la riparazione di una casa comune L. 4. C. *de aedif. priv.* (8. 10.) L. 52. § 10. D. *pro socio* (17. 2.)

(43) È inesatto quando si eccettua dalla regola della L. 26. § 1. C. *de usuris* il caso contenuto nella L. 4. C. *de aedif. priv.* (8. 10.), imperocchè le *usurae centesimae* della L. 4. C. cit. non sono se non ciò che altrimenti chiamasi *usurae maximae*, i più alti interessi che sieno permessi.

(44) L. 2. L. 3. C. *de usur. rei jud.* (7. 54.)

casi, nei quali è dovuto solo il 4. per 100. (45). Oltre a queste prescrizioni sopra la misura degl'interessi s'incontrano due altre limitazioni:

1.° Sugl'interessi non solo non possono esigersi nè interessi moratorii, nè *usurae rei judicatae*, ma non si possono neppure validamente convenire altri interessi (46). Certamente secondo il dritto più antico ciò era permesso, quando gl'interessi si riunivano al capitale, e la convenzione riguardava interessi già scaduti, e non già anticipatamente interessi futuri (47); ma Giustiniano rigettò anche questa convenzione (48).

2.° Il creditore non può richiedere per interessi più dell'ammontare del capitale (49). Questo principio, la cui origine è ignota, da prima valse solo per gl'interessi arretrati (50). In questa applicazione per verità esso riguardava anche gl'interessi che si fossero stipulati (51), ed il *foenus nauticum* (52); ma esso pativa però una eccezione, allorchè un pegno costituito bastava per soddisfare una somma maggiore (53). Ma Giustiniano non solo abolì questa eccezione (54), ma estese eziandio quella limitazione a tal segno, che, ogni volta che gl'interessi pagati agguagliassero il capitale, il creditore non potesse più domandare interessi (55), il che fu una disposizione tanto sconvenevole, che Giustiniano si vide obbligato pel bene delle Città di eludere la sua stessa dispo-

(45) L. 3. § 1. D. *de contr. tut. jud.* (27. 3.) L. 12. pr. D. *de hered. pet.* (5. 31.) L. 31. § 2. C. *de jure dot.* (5. 12.) L. un. § 7. C. *de rei uxor. act.* (5. 13.) Nov. 2. c. 4. Nov. 22. c. 44. § 4.

(46) L. 29. D. *de usur.* (22. 1.) L. 27. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 20. C. *ex quib. caus. infam. irrog.* (2. 12.) L. 3. C. *de usur. rei jud.* (7. 57.)

(47) L. 26. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(48) L. 28. C. *de usur.* (4. 32.)

(49) Se ciò ordinariamente si esprime in questo modo, che il creditore non possa richiedere più del doppio (Nota 50-55.), in questo modo di dire si computa il capitale. L'espressione che ora è in uso, che non si possa richiedere *ultra alterum tantum* non si trova nelle fonti.

(50) L. 10. L. 27. § 1. C. *de usur.* (4. 32.)

(51) L. 26. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(52) L. 4. § 1. D. *de foen. naut.* (22. 2.)

(53) L. 27. § 1. C. *de usur.* (4. 32.)

(54) L. 27. § 1. C. cit.

(55) L. 29. L. 30. C. *eod.* Nov. 121. c. 2. Nov. 138. Tutti questi luoghi non sono glossati. Del resto non si dee disconoscere che questi luoghi, e la famosa L. un. C. *de sent. quae pro eo quod interest* (7. 47.) hanno per fondamento la medesima idea, cioè che gl'interessi non possono superare l'ammontare del capitale; imperocchè anche nella L. un. C. cit. mi pare che così si debba intendere la *dupli quantitas*, il che non ho espresso con abbastanza precisione nel § 43. Confr. L. 44. D. *de act. empti* (19. 1.)

sizione mediante una sottile spiegazione (56). Tutte le convenzioni che vanno contro le legali limitazioni degl' interessi, ovvero tendono ad eluderle, sono invalide (57), e se sieno già pagati interessi illegittimi, il debitore può allora ritenerli sul capitale (58), e se anche questo sia stato già pagato, può domandarli indietro (59). Inoltre chi ha esercitato l'usura diviene infame (60). Ma chi volontariamente ha pagato interessi sopra un capitale, quando non eravi tenuto, non ha per questo il dritto di ripeterli (61), ancora è permesso di pagare anticipatamente gl'interessi, ma allora il creditore non può richiedere il capitale prima di trascorrere il tempo, pel quale si ha ricevuto gl' interessi (62). L'obbligazione degl'interessi si estingue:

1.° Mediante l'estinzione del debito principale, e per ciò che riguarda gl'interessi futuri, l'obbligazione si estingue assolutamente, ma per gl' interessi arretrati, nel caso che la somma dovuta sia depositata, non si estingue che quando sieno depositati anche gl' interessi (63), e nel caso di altro modo di estinzione, non si estingue che quando si tratta semplicemente d' interessi legali, cosicchè per essi non vi sia luogo ad alcuna azione per sè sussistente. (64).

2.° Per l'esistenza di un' eccezione perentoria contro il debito principale (65). La prescrizione dell' azione, secondo la decisione di Giustiniano, ha qui anche l'effetto che non possano richiedersi neppure gl'interessi scaduti durante il corso della prescrizione (66).

(56) Nov. 160.

(57) L. 13. § 26. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 9. pr. L. 44. D. *de usur.* (22. 1.), Fragm. Vat. § 11. Non si oppone la L. 27. D. *de re jud.* (42. 1.)

(58) Paul. II. 14. § 2. L. 26. § 1. C. *de usur.* (4. 32.)

(59) Paul. II. 14. § 2. 4.; L. 26. § 1. 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 18. C. *de usur.* (4. 32.)

(60) L. 20. C. *ex quib. caus. infam. irrog.* (2. 12.)

(61) L. 26. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.) Confr. anche L. 3. L. 4. L. 7. L. 14. C. *de usur.* (4. 32.)

(62) L. 2. § 6. D. *de doli exc.* (44. 4.). Non si oppone la L. 26. § 1. C. *de usur.* (4. 32.), la quale solo proibisce ai creditori di dedurre anticipatamente gl' interessi dal mutuo.

(63) L. 1. § 3. L. 7. D. *de usur.* (22. 1.) L. 6. L. 9. C. *eod.* (4. 32.)

(64) L. 49. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.)

(65) L. 40. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(66) L. 26. pr. C. *de usuris* (4. 32.) L. 8. § 4. C. *de praescr. 30. ann.* (7. 39.). Questa disposizione non può esser ristretta, come alcuni vorrebbero, agl' interessi non stipulati, giacchè allora sarebbe superflua, essendochè siffatti interessi non si possono richiedere che col capitale, ma evidentemente qualche cosa ha dovuto essere ordinata, che non s'intendeva da sè.

3.° Per la condanna del debitore. Per questo mezzo si arresta sempre il corso degl' interessi, sebbene posteriormente possano cominciare a correre nuovi interessi, le *usurae rei judicatae* (67); ma cessa perfino il dritto agl' interessi arretrati, se si tratti di interessi legali, e nella sentenza non se ne sia fatta menzione (68).

4.° Per la rinuncia del creditore, la quale relativamente agl'interessi arretrati, secondo un Rescritto di Antonino Pio, si dee presumere allorchè il creditore avvertitamente per più anni non ha chiesti interessi (69), e relativamente agl' interessi futuri si presume almeno in parte, quando il creditore per più anni si ha ricevuto interessi minori di quei che gli eran dovuti (70).

5.° Per la circostanza che gl' interessi hanno agguagliato l'ammontare del capitale (71);

6.° Per gl' interessi moratorii, allorchè cessa la mora del debitore, il che nondimeno per regola non lo libera da quelli, che sono già decorsi (72).

2) *Del comodato* (*).

§ 255. Un secondo contratto reale è il comodato, quando cioè si dà gratuitamente una cosa speciale per usarne, a condizione che sia restituita la medesima e non già altra cosa simile.

In questo contratto (1) colui che dà chiamasi *commodans* s. *commodator*, colui che riceve, *commodatarius*. Siccome si dee restituire la stessa cosa data, così la proprietà non passa nel comodatario (2), il quale per tal ragione non porta il rischio del *casus*, quando non se l'abbia ad-

(67) L. 3. pr. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 13. C. *eod.* (4. 32.) L. 3. C. *de usuris rei jud.* (7, 56.)

(68) L. 13. C. *de usur.* (4. 32.) L. 4. C. *depositi* (4. 34.)

(69) L. 6. § 12. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 17. § 1. D. *de usuris* (22. 1.)

(70) L. 13. pr. D. *eod.* L. 5. L. 8. C. *eod.* (4. 32.)

(71) V. Nota 49-55.

(72) L. 17. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 73. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.). Deesi fare un' eccezione, quando il debito è stato estinto, senza che il creditore abbia domandati gl' interessi, secondo la Nota 64.

(*) *Schmidt* il Comodato ed il Precario Lipsia 1811. 8.

(1) § 2. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 5. § 12. D. *commod.* (13. 6.) L. 1. § 3. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(2) L. 8. L. 9. D. *commod.* (13. 6.)

dossato, o non abbia pel suo abuso dato occasione al *casus* (3). Per la medesima ragione il comodato propriamente non ha luogo se non per quelle cose, di cui si può usare senza consumarle, a meno che una cosa che si consuma coll'uso non sia stata prestata per uno scopo, il quale sia possibile di ottenere senza consumarla (4). Pare che in origine il comodato fosse ammesso per le sole cose mobili, e che il godimento delle cose immobili gratuitamente conceduto fosse stato sempre riguardato come *precarium*; ma siccome per effetto di principii più recenti il comodato può riguardare anche immobili, i quali allora appellansi in preferenza *res ad utendum datae*, e d'altra parte il *precarium* può riguardare anche le cose mobili (5), così non si possono questi due rapporti giuridici altramente distinguere che dal vedere se la consegna di una cosa per usarne gratuitamente sia fatta per un determinato tempo o per un determinato scopo, in guisa tale che prima del decorrimento di questo termine, o del conseguimento di questo scopo non si debba ammettere la domanda di restituzione, ovvero se colui, che ha dato la cosa, si abbia riservato la facoltà di riprenderla a suo talento (6). Non vi è alcuna manifesta ragione per sostenere l'ipotesi che gli antichi Romani generalmente non avessero conosciuto il comodato nel senso che abbiamo esposto, ma che anche per la concessione del semplice godimento si fosser serviti della *Fiducia* (7). Dal comodato risulta l'*actio commodati directa et contraria* (8), la quale in entrambe le applicazioni è di buona fede (9). 1) L'*actio directa*, nella quale può farsi uso del giuramento estimatorio (10), compete al comodante contro il comodatario, senza distinzione se quegli sia o no proprietario (11), ed essa tende: A. alla restituzione della cosa insieme con le pertinenze e coi frutti (12), solo però dopo finito il godimento che se n'è conceduto (13), salvo allorchè

(3) § 2. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 5. § 3. 4. 7. 8. L. 18. pr. L. 19. L. 20. D. *commod.* (13. 6.) L. 1. C. *eod.* (4. 23.)

(4) L. 3. § 6. L. 4. D. *eod.* L. 55. D. *de solut.* (46. 3.)

(5) L. 1. § 1. L. 19. D. *commod.* (13. 6.) L. 4. pr. D. *de precar.* (43. 26.)

(6) L. 5. pr. L. 17. § 3. D. *commod.* (13. 6.) L. 2. L. 3. C. *eod.* Confr. con L. 1. pr. L. 12. pr. D. *de precar.* (43. 26.) Paul. S. R. V. 6. § 10.

(7) V. § 229. Nota 12. Questa ipotesi presuppone una stupidezza e goffaggine nei più semplici rapporti della vita giornaliera, la quale certamente sarebbe senza esempio.

(8) L. 1. pr. L. 17. § 1. 3. L. 18. § 4. L. 22. D. *commod.* (13. 6.)

(9) L. 3. § 2. D. *eod.* § 28. J. *de act.* (4. 6.)

(10) L. 3. § 2. D. cit. Confr. con L. 5. pr. D. *depositi* (16. 3.)

(11) L. 15. L. 16. D. *commod.* (13. 6.)

(12) L. 5. § 9. 13. D. *eod.* L. 38. § 10. D. *de usur.* (22. 1.)

(13) L. 5. pr. L. 17. § 3. D. *commod.* (13. 6.) L. 3. C. *eod.* (4. 23.)

il comodatario non possa o non voglia usarne (14); B. al pagamento del valore, allorchè il comodatario per sua colpa non può restituire la cosa, ma con ciò egli ottiene anche la proprietà della medesima (15); e C. al risarcimento dei danni e delle spese (16), nel chè il comodatario è risponsabile per la menoma colpa (17), e per conseguenza è tenuto anche alla *Custodia* (18). Più comodatarii son tenuti solidalmente (19), ma più coeredi, solo in quanto l'erede convenuto posseggа la cosa medesima (20). 2) Per contrario il comodatario ha l'*actio commodati contraria* A. pel rimborso delle spese necessarie ed utili, che non sono state cagionate da sua colpa, o non sono state rendute necessarie per l'uso medesimo della cosa (21); B. pel ristoro del danno, che egli per cagione della cosa prestata ha patito, quando ciò possa imputarsi a dolo o almeno a grave negligenza del comodante, ma non oltre il prezzo della cosa prestata (22); e C. per la restituzione della cosa o del suo valore, quando questo sia stato rimborsato al comodante, e quella di poi sia nuovamente pervenuta nelle mani del medesimo (23). Se il comodatario ha tralasciato di opporre in compensazione i suoi crediti, quando egli l'avrebbe potuto, ciò non esclude l'*actio contraria* (24), del pari che non la esclude la circostanza che il comodante non abbia per avventura fatto uso dell'*actio directa* (25), ma quì non ha luogo il giuramento estimatorio (26). Del rimanente, sebbene il comodato per regola abbia lo scopo di una liberalità verso il comodatario (27), nondimeno può anche esser fatto pel vantaggio del comodante, ed allora si cambia la rispon-

(14) L. 5. § 12. D. *eod.*
(15) L. 5. § 1. L. 13. pr. L. 17. § 5. D. *eod.*
(16) L. 3. § 1. 5. L. 5. § 12. L. 10. pr. D. *eod.*
(17) L. 5. § 2. 15. L. 18. pr. D. *eod.* L. 1. § 4. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 23. D. *de R. J.* (50.17.)
(18) L. 5. § 5. 13. 14. L. 7. L. 10. § 1. L. 18. pr. D. *commod.* (13. 6.). Non si oppone la L. 5. § 6. D. *eod.*, giacchè essa parla di schiavi, e la L. 19. D. *eod.*, giacchè essa si deve intendere degl' immobili, come si dimostra dal confronto della L. 1. § 1. D. *eod.*
(19) L. 5. § 15. L. 6. L. 7. D. *eod.*
(20) L. 3. § 3. L. 17. § 2. D. *eod.*
(21) L. 18. § 2. D. *eod.*
(22) L. 17. § 3. L. 18. § 3. L. 21. pr. L. 22. D. *eod.* L. 63. § 6. D. *de furtis.* (47. 2.)
(23) L. 17. § 5. D. *commod.* (13. 6.)
(24) L. 18. § 4. D. *eod.*
(25) L. 17. § 1. D. *eod.*
(26) L. 5. pr. D. *depositi* (16. 3.)
(27) L. 5. § 2. L. 17. § 3. D. *eod.*

sabilità per la colpa, giacchè in questo caso il comodatario risponde solo per la colpa grave, ed il comodante al contrario anche per la lieve (28).

3) *Del deposito.*

§ 256. Ai contratti reali appartiene inoltre il contratto di deposito, *depositum* s. *commendatum*, quando cioè si dà e si accetta una cosa per custodirla (1), e qui colui che dà chiamasi *deponens* s. *depositor*, colui che riceve, *depositarius* (2), sebbene quest' ultima espressione si adoperi talvolta anche pel primo (3). Ordinariamente nell' accettazione del deposito si scorge un favore ed una officiosità del depositario (4); nondimeno esso può anche esser fatto per sua propria utilità, in quanto si abbia l'animo di rendergli possibile condizionatamente il godimento o l'uso della cosa (5); si ammette eziandio la promessa di una ricompensa per la custodia, purchè questo compenso non sembri essere una proporzionata e propria mercede (6), giacchè allora ne risulta una locazione di opere (7). Gl'immobili non possono essere oggetto di deposito (8), ma è poi indifferente se le cose sian fungibili o no, animate o inanimate (9). La proprietà non passa in niun caso nel depositario (10), e però anche le cose fungibili regolarmente debbono restituirsi *in specie* (11), e il deponente può anche rivendicarle (12). Se il depositario

(28) L. 5. § 10. L. 10. § 1. L. 12. pr. L. 18. pr. D. *eod.*

(1) § 3. J. *quib. mod. re.* (3. 14.) L. 1. pr. L. 24. D. *depos.* (16. 3.); Collat. X. c. 7. § 4.

(2) L. 1. § 37. D. *eod.* L. ult. C. *eod.* (4. 34.) L. 19. C. *de usur.* (4. 32.)

(3) L. 7. § 2. 3 D. *depos.* (16. 3.) L. 24. § 2. D. *de bon. auct jud. poss.* (42. 5.). Si dice ugualmente res depositas habere, tanto l'avere le cose in custodia L. 38. § 9. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 13. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 6. § 1. L. 7. D. *de pign. act.* (13. 7.), quanto anche l'aver dato le cose in custodia ad altri Cic. ad fam. XIII. 56.: L. 28. § 8. D. *de liber. leg.* (34. 3.) L. 2. C. *de usur.* (4. 32.)

(4) L. 5. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.)

(5) L. 4. pr. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(6) L. 2. § 24. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.) L. 5. § 2. D. *Commod.* (13. 6.)

(7) § 13. J. *mandati* (3. 27.) L. 1. § 8-10. D. *depos.* (16. 3.)

(8) Il *mandatum de re custodienda* che è possibile per gl' immobili è da trattarsi secondo altri principii L. 1. § 12. 13. D. *eod.* L. 5. § 4. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(9) L. 1. § 9. 10. 35. 36. 40. 41. L. 7. pr. L. 33. D. *depos.* (16. 3.) L. 8. C. *eod.* (4. 34.)

(10) L. 17. § 1. D. *eod.* L. 8. C. *eod.*

(11) L. 1. § 34. 35. 40. D. *eod.*

(12) Collat. X. c. 8. § 1.; L. 33. D. *eod.* L. 9. C. *eod.* L. 24. § 2. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)

acquista in altra guisa la proprietà, ciò non lo libera (13), salvo nel caso che abbia pagato il prezzo della cosa (14). Ma se la cosa depositata di già gli appartiene, allora il deposito è perfettamente nullo (15). Come dal comodato, così pure dal deposito risulta un'*actio directa*, e un' *actio contraria*, le quali sono amendue di buona fede (16).

1.° L'*actio depositi directa*, che appartiene al deponente, la quale allorchè il depositario ha depositato ulteriormente la cosa, non solo da lui, ma *utiliter* anche dal primo deponente può contro l' attuale detentore esser promossa (17), senza che per questo il primo depositario resti liberato (18), secondo le 12 Tavole apparteneva generalmente alle azioni, nelle quali *lis infitiando crescit in duplum* (19). Nondimeno l'editto del Pretore ha ristretto ciò al caso del così detto *depositum miserabile*, allorchè le cose sono state depositate in caso di necessità e di pericolo (20), ed oltre a ciò ha in questo del tutto liberato gli eredi dal pagamento del doppio (21). Ma per contrario il medesimo editto ha aggiunto all'azione la qualità di essere infamante (22). Oltre a ciò per parecchi altri rapporti s'incontra un rigore speciale contro il convenuto. Imperocchè non solo è ammesso il giuramento estimatorio (23), ma Giustiniano ha eziandio pienamente rigettato in questo caso la compensazione (24), ed ha vietato l'impugnazione delle scritture sopra la ricevuta di un deposito, quando sieno sottoscritte da tre testimoni, i quali assicurino la legittimità del documento (25). Le obbligazioni del depositario, che con quest'azione si possono far valere son le seguenti: 1) le cose depositate, subitochè son richieste debbono restituirsi a spese del deponente insieme coi frutti e con le pertinenze (26), tra le quali però non si annoverano le cose, che casualmen-

(13) L. 3. D. *depos.* (16. 3.)
(14) L. 30. D. *eod.*
(15) L. 15. L. 31. § 1. D. *eod.*
(16) L. 1. § 23. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*
(17) Collat. X. c. 7. § 8.
(18) L. 16. D. *eod.*
(19) Collat. X. c. 7. § 11.
(20) § 22. 26. J. *de act.* (4. 6.) L. 1. § 1-4. D. *depos.* (16. 3.)
(21) L. 18. D. *eod.*
(22) L. 1. § 1. D. *de his qui not. infam.* (3. 2) L. 10. C. *depos.* (34. 4.)
(23) L. 1. § 26. D. *depos.* (16. 3.)
(24) L. 11. C. *eod.* L. 14. § 1. C. *de compens.* (4. 31.)
(25) Nov. 73. c. 1. Non ci è bisogno di notare che in ciò non si contiene un riconoscimento di una propria *exceptio non numerati depositi*, più che nella L. 14. § 1. C. *de non num. pecun.* (4. 30.)
(26) § 2. I. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 1. § 21. 22. 24. 40. 41. 45. L. 12. pr. D. *depos.* (16. 3.) L. 38. § 10. D. *de usur.* (22. 1.)

te si trovano in esse (27); 2) si dee risarcire la perdita e i
cosa, come anche le spese, alle quali si è dato occasione,
chè vi è un dolo o una grave negligenza del depositario (
egli non risponde della colpa lieve (29), se non quando l'
so (30), ovvero quando egli medesimo siasi offerto a c
sa (31), ovvero abbia ricevuto il deposito a suo proprio va
o ne abbia ricevuta una mercede (33); 3) da ultimo si de
danno per la mora, e per conseguenza per le cose fungib
anche pagare gl' interessi moratorii (34). Se sono più i dep
ti sono solidalmente risponsabili, ma non già per una colp
putabile soltanto ad uno (35); per contrario se son più
trattandosi di cose divisibili, ciascuno ha dritto solo ad un
chè non siasi convenuto il contrario, o non si tratti di co
te (36). Per gli eredi la cosa in certo modo va al contrario
eredi di un depositario regolarmente non sono tenuti se
ta (37); mentre di più eredi del deponente non solamente
richiedere la sua parte, ma la maggioranza dei medesimi g
zione può eziandio demandare l'intero (38).

2.° Dall'altro lato il depositario ha l'*actio depositi contr*
borso delle sue spese, pel ristoro dei danni sofferti per c
nente, il quale in tal caso è responsabile per la colpa più liev
mento della promessa mercede (39); ma in questo non si
ramento estimatorio (40). S' incontrano dei principii spec
essendo depositate cose fungibili, non si è veramente conve

(27) L. 1. § 5. D. *depos*. (16. 3.)

(28) L. 1. § 6. 7. 16. 20. 25. L. 34. D. *eod.* Non si oppone la c
1.; L. 12. § 3. L. 14. § 1. D. *eod.*

(29) § 3. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 5. § 2. D. *commod.* (13.
47. D. *depos*. (16. 3.) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.)

(30) L. 5. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 2. § 24. D. *vi bon. rapt.*
depos. (4. 34.) L. 1. § 6. D. *eod.*

(31) L. 1. § 35. D. *eod.*

(32) L. 4. pr. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(33) L. 2. § 24. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.) L. 5. § 2. D. *commod.*

(34) L. 24. L. 25. § 1. L. 29. § 1. D. *depos*. (16. 3.) L. 2-4. C.

(35) L. 1. § 43. D. *eod.*

(36) L. 1. § 31. 36. 44. L. 6. L. 17. pr. D. *eod.*

(37) L. 7. § 1. L. 9. L. 10. L. 18. L. 22. D. *eod.*

(38) L. 1. § 36. L. 14. pr. D. *eod.* L. 12. C. *eod.*

(39) L. 5. pr. L. 8. L. 12. pr. D. *eod.* L. 2. § 24. D. *vi bon. rapt.*
D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 62. § 5. D. *de furt.* (47. 2.)

(40) L. 5. pr. D. *depos*. (16. 3.)

ne debbano ritenersi come prestate, nel qual caso ne risulterebbe immediatamente un mutuo (41), ma nondimeno si è pattuito che il depositario abbia la facoltà d'impiegarle per sè, e per conseguenza di restituirne soltanto una qualità e quantità eguale (42), il qual permesso, allorchè le cose fungibili sono state consegnate senza esser suggellate o chiuse, s'intende di per sè (43), ed allora possono pattuirsi anche degl' interessi (44). Questo rapporto, che ora si suole indicare come *depositum irregulare*, rimane tuttavia deposito (45), e però la promessa degl' interessi non ha mestieri di alcuna stipulazione (46), e le cose, finchè non sono state adoperate e spese possono esser rivendicate (47); ma il pericolo passa nel depositario, come se le cose a lui si appartenessero (48), mentre in altro caso egli non ne porta il rischio, se non nel caso che se l'abbia addossato, ovvero dopo la contestazione della lite (49). Parecchie singolarità han parimente luogo nel sequestro, il quale va sempre congiunto col deposito della cosa sequestrata, senza far distinzione se le parti medesime o il Giudice abbia consegnata la cosa al sequestratario (50). Il sequestratario quì ottiene il possesso civile, e niuna delle parti si ha come possessore, quando non siasi convenuto che il possesso del sequestratario debba computarsi pel vincitore come possesso di usucapione (51). È anche da osservare che *l' actio depositi sequestraria*, chè così chiamasi l'azione che ne risulta, non può essere intentata se non dopo la decisione della lite intorno alla cosa (52), ed allora il vincitore si dee ritenere come il solo deponente (53). Nondimeno il Giudice sulla

(41) L. 9. § 9. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 34. pr. D. *mandati* (17. 1.)

(42) L. 4. pr. L. 10. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 1. § 34. L. 24. L. 25. § 1. L. 26. § 1. L. 28. L. 29. § 1. D. *depositi* (16. 3.)

(43) L. 25. § 1. L. 28. L. 29. pr. D. *eod.* L. 31. D. *locati* (19. 2.)

(44) L. 7. § 2. L. 24. L. 26. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L. 24. § 2. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(45) L. 10. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 1. § 34. L. 25. § 1. L. 28. L. 29. § 1. D. *depos.* (16. 3.)

(46) L. 24. L. 26. § 1. L. 28. D. *eod.*

(47) L. 24. § 2. D. *de reb. auct. jud. poss* (42. 5.)

(48) L. 4. pr. D. *de reb. cred.* (12. 1.); *collat.* X. c. 7. § 9.

(49) L. 1. § 35. L. 12. § 3. L. 14. § 1. D. *depositi* (16. 3.)

(50) L. 5. § 1. 2. L. 6. L. 7. pr. L. 17. D. *depos.* (16. 3.) L. 18. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 5. § 1. D. *ut legat.* (36. 3.) L. 110. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 21. § 3. D. *de appellat.* (49. 1.)

(51) L. 17. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L. 39. D. *de adq. poss.* (41. 1.)

(52) L. 9. § 3. D. *de dolo* (4. 3.) L. 12. § 2. L. 33. D. *depositi* (16. 3.)

(53) L. 6. D. *eod.*

richiesta del sequestratario può anche prima permettergli di restituire la cosa ad una delle parti, quando egli non voglia più lungamente ritenerla (54).

4) *Contratto di pegno.*

§ 257. L'ultimo contratto reale è il contratto di pegno *contractus pignoratitius*, che si fa col dare in potere del creditore un pegno sia di cosa mobile, sia di cosa immobile *pignus* (1), del quale abbiamo già dovuto far menzione nel dritto di pegno, perchè il medesimo, dopo che fu introdotto il dritto di pegno pretorio, produce sempre cosiffatto dritto, e perchè la teorica del medesimo, per quanto è possibile, è stata eziandio estesa alla semplice ipoteca (2), con che le due *actiones bonae fidei* che ne risultano, *l'actio pignoratitia directa et contraria* (3) han ricevuto una estensione molto maggiore di quel che originariamente aveano.

1.° Or l'*actio pignoratitia directa* in generale è l'azione di colui che dà il pegno, sia egli il debitore o un altro, e dei suoi eredi contro colui, al quale si è costituito il pegno, e suoi eredi (4), e tende 1) alla restituzione della cosa insieme con ciò che vi appartiene (5), quando il debito assicurato col pegno si è debitamente estinto (6), o si è offerto il

(54) L. 5. § 2. D. *eod.*

(1) § 4. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 6. L. 39. L. 43. pr. D. *de pign act.* (13. 7.). Una particolare applicazione del contratto di pegno trovasi nelle formole contrattuali per le locazioni e per la vendita dei frutti attaccati alle radici presso Catone *de re rust.* c. 147. 149. 150. « Donicum solutum erit, aut ita satisfactum erit, quae in fundo illata erunt, pignori sunto. Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportaverit. domini esto. » Siccome Catone viveva già e scriveva nella metà del Secolo 6., così qui non può trattarsi del proprio dritto reale di pegno; per contrario qui non si può disconoscere una certa cosa di mezzo tra il pegno dato in mano al creditore e l'ipoteca, che è di fondamento all'interdetto Salviano. Ma verisimilmente anche l'interdetto Salviano è più recente ed introdotto dopo che il bisogno avea introdotta questa mezza ipoteca, che si suol riguardare come un passaggio al dritto di pegno del Pretore Servio. L'*interdictum Salvianum* non ha fatto che preparare l'*actio Serviana.*

(2) V. sopra § 191. Nota 20. e 21.

(3) § 28. J. *de act.* (4. 6.) L. 6. § 1. L. 7. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 6. C. *eod.* (4. 24.)

(4) L. 5. C. *si vend. pign. ag.* (8. 30.) L. 11. § 4. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 10. C. *eod.* (4. 24.)

(5) L. 18. § 1. L. 21. D. *eod.*

(6) L. 9. § 3-5. L. 10. L. 11. § 1. 3. 4. 5. L. 24. § 1. L. 27. L. 33. L. 40. § 2. L. 43. pr. D. *eod.* L. 11. C. *eod.*

agamento (7); o l'oppignorazione per qualsiasi altra ragione è venuta meno (8); 2) alla restituzione o al compenso dei frutti raccolti e per tracuraggine non raccolti, e degli utili (9), se questi non siano dovuti al creditore (10); 3) alla consegna dell'eccedente che forse vi è nel prezzo ricavato dalla vendita, o nel valore di stima, allorchè il creditore pignoratizio ha vendnto il pegno, o lo ha ottenuto in proprietà per autorità del Sovrano (11); 4) alla cessione dell' *actio venditi*, allorchè il creditore nella vendita ha convenuto il dritto di ricompra (12); 5) al risarcimento per la perdita o deterioramento del pegno, nel qual rapporto il convenuto risponde anche per la colpa lieve (13); e 6) all' indennità per la vendita dannosa del pegno, ma solo quando il convenuto abbia dolosamente operato (14).

2.° Per contrario *l' actio pignoratitia contraria* è l'azione del creditore e dei suoi eredi contro il pegnorante e suoi eredi (15), e tende 1) al compenso delle spese necessarie ed utili, e di ciò che si è dovuto pagare (16); 2) al ristoro del danno sofferto per cagione del pegno, allorchè quello si può recare a colpa del pegnorante, il quale è eziandio risponsabile per la colpa lieve (17); 3) a ripetere il pegno ingiustamente tolto al creditore, o ritenuto (18); e 4) a far dare una migliore sicurtà, allor-

(7) L. 9. § 5. L. 20. § 2. D. *eod.* L. 20. C. *de pignor.* (8. 14.) L. 10. L. 12. C. *de pign. act.* (4. 24.)

(8) L. 9. § 3. L. 11. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(9) L. 22. § 2. D. *eod.* L. 5. § 21. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.) L. 63. § 4. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 1. L. 2. L. 3. L. 12. C. *de pign. act.* (4. 24.)

(10) V. § 204. N. II.

(11) L. 6. § 1. L. 7. L. 11. § 4. L. 24. § 2. L. 42. D. *eod.* L. 21. § 3. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 20. C. *de distract. pign.* (8. 28.) L. 5. C. *si vend. pign. ag.* (8. 30.) L. 3. § 4. C. *de jure dom. impetr.* (8. 34.)

(12) L. 13. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(13) § 4. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 13. § 1. L. 14. L. 15. L. 24. § 3. L. 20. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 3. L. 5. L. 7. L. 19. C. *de pignor.* (8. 14.)

(14) L. 4. L. 7. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 1. L. 3. L. 4. C. *si vend. pign. ag.* (8. 30.)

(15) Non si oppongono per rispetto agli eredi le L. 41. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 22. D. *de pignor.* (20. 1.)

(16) L. 8. pr. § 1. L. 25. D. *de pign. act.* (13. 7.). Alle spese necessarie appartengono anche le imposte, che il creditore dee pagare come possessore del pegno L. 42. D. *de pactis* (2. 14.)

(17) § 4. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 22. § 4. L. 31. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 63. § 1. D. *de furtis* (47. 2.)

(18) L. 3. L. 22. § 3. D. *de pign. act.* (13. 7.)

chè il pegno dato non corrisponde al fine per cui fu cost
possesso interdittale dato al creditore pegnoratizio (20) c
nere come più antico del dritto di pegno propriamente d
vrebbe collocare in una medesima classe con quello del
sequestratario (21); intanto il medesimo verisimilmente
sione appunto con questo, che conformemente alla teori
contratto di pegno genera eziandio un dritto di pegno,
un dritto reale.

CONTRATTI CONSENSUALI.

Contratto di vendita.

A. Teorica del medesimo.

§ 258. Fra i quattro contratti consensuali il contratt
cagione della sua importanza merita di esser posto in p
ed anche le fonti sopra niun altro contratto contengon
così abbondante come in questo. Il contratto di vendita
è la convenzione bilaterale, per la quale uno dei contrae
re, *venditor* promette il trasferimento della proprietà c
to alienabile, e l'altro, il compratore *emptor* promette d
bio una somma determinata di danaro come prezzo p
dodici Tavole per verità *emptio venditio* adoperavas
qualunque alienazione (2), ed i Sabiniani e i Proculian
anche se almeno la permuta, *permutatio* (3) dovesse a
la vendita (4); ma finalmente prevalse l'opinione del
quale restrinse la nozione del contratto di vendita in q

(19) L. 1. § 2. L. 2. L. 9. pr. L. 16. § 1. L. 32. L. 36. D. *eod.*
pign. (8. 16.) V. § 192. Nota 21.

(20) V. § 204. n. IV.

(21) V. § 155. n. II. e III.

(1) Pare che primamente nell' Editto Pretorio il contratto di vendita
terzo posto, se si voglia ammettere che i libri 17. a 19. delle Pandette
to l'ordine dell' Editto.

(2) L. 29. § 1. D. *de stat. lib.* (40. 7.) Confr. Festo p. *Census cen*
tiones; Servius ad Virgil Georg. III. v. 306.; Isidori Orig. V. 24. §
act. empt. vend. (19. 1.)

(3) V. appresso § 265.

(4) L. 1. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.); Caj. III. 141.; § 2.
(3. 24.)

abbiam detto (5). Il danaro come prezzo è quindi essenziale (6), e se il prezzo consiste parte in danaro contante, e parte in altra cosa, è da vedere qual delle due preponderi se il danaro, o la cosa (7); per contrario non monta a nulla se posteriormente in luogo del prezzo in danaro siano date delle cose o altre prestazioni (8). Se una cosa scientemente è venduta per un prezzo inferiore a quel che vale, allora il contratto vien ritenuto come donazione o in tutto o in parte, secondo che il prezzo è perfettamente insignificante, *venditio uno nummo*, o corrisponde ad una parte del valore (9). È parimente donazione quando solo per apparenza si è convenuto un prezzo, il quale non si dovrà pagare (10). Del resto il prezzo può anche esser determinato relativamente (11), e le opinioni dei Giureconsulti Romani erano divise solo in quanto alla quistione se si potesse abbandonare la determinazione del prezzo all'arbitrio di un terzo (12), finchè Giustiniano non ebbe deciso per l'opinione affermativa (13). Inoltre, prescindendo dal dolo e dall'errore, non importa se il valore ed il prezzo corrispondano esattamente o no (14). Non pertanto Diocleziano introdusse l' eccezione, che un venditore, il quale non ha ricevuto neppure la metà del valore, può far rescindere il contratto, se pure il compratore non voglia supplire quel che manca all'esatto valore (15). Obbietto del contratto

(5) § 2. J. *de empt. vend.* (3. 23.) Confr. L. 6. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.)

(6) § 2. J. cit. L. 1. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(7) L. 79. D. *eod.* L. 6. § 1. 2. D. *de act. empti* (19. 1.)

(8) Caj. l. c. L. 21. § 4. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 9. C. *de resc. vend.* (4. 44. L. 1. C. *de rerum permut.* (4. 64.)

(9) L. 38. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 16. D. *locati* (19. 2.) L. 18. D. *de donat.* (39. 5.)

(10) L. 36. L. 37. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 3. L. 9. C. *eod.* (4. 38.)

(11) L. 7. § 1. 2. D. *eod.* Fragm. Vat. § 2.

(12) Caj. III. 140.

(13) L. 15. C. *de contr. empt.* (4. 38.) § 1. J. *de empt. vend.* (3. 23.)

(14) L. 16. § 4. D. *de minor.* (4. 4.) L. 22. § 3. D. *locati* (19. 2.) L. 11. L. 15. C. *de rescind vend.* (4. 44.) Nov. 97. c. 1.

(15) L. 2. L. 8. C. *de rescind. vend.* (4. 44.). S' intende da sè che questo dritto di rescissione a cagione della *laesio ultra dimidium s. enormis*, come una eccezione singolare non comporta alcuna estensione di analogia, neppure al compratore, e molto meno ad altri contraenti, sebbene parecchi sieno di altro avviso. La ragione probabile di questa eccezione è la supposizione che chi scientemente e senza *animus donandi* vende la sua cosa per meno della metà del valore, non consente liberamente, ma è indotto a ciò fare dalla necessità di aver danaro. Del resto Diocleziano tentò anche d' impedire che si abusasse dei compratori. Noi abbiamo ancora un suo Editto che contiene una tassa per più di ottanta articoli, stampato in *Spangenberg* Monum. legal. p. 268. sqq., e meglio nelle *Transactions of the Roy. society of literatur.* vol. I. (Lond. 1829. 4.) p. 181-204.

di vendita può esser tutto ciò che è alienabile e trasferibile (16), purchè in generale esista (17), e non appartenga di già al compratore (18), e cessano anche queste eccezioni, se le cose sieno vendute condizionatamente pel caso di futura esistenza (19), o di futuro cambiamento di proprietà (20), o se il negozio è una semplice compra di speranza *emptio spei*, cioè ha per oggetto la semplice probabilità di un acquisto incerto (21). Intanto s' incontrano parecchie limitazioni generali del contratto di vendita: 1) secondo antichi Senato-consulti e mandati imperiali, tutti coloro che si trovano in servizio dello Stato in una Provincia non possono quivi comprar nulla, eccetto fondi paterni, e cose necessarie ai bisogni giornalieri della vita (22). 2). Di più gl'impiegati non possono comprar essi medesimi ciò che per effetto del loro uffizio sono incaricati di vendere; (23) 3) per un Senato-consulto *Hosidianum* sotto Claudio Anno di R. 801. (48. dopo Cristo) fu anche proibito di vendere edifizii per demolirli (24); e 4) la vendita di cose rubate è nulla, allorchè le due parti conoscono la qualità furtiva della cosa (25). 5) È anche invalida la *venditio sine censu*, quando il venditore di un fondo prende il carico di pagare egli le imposte per l'av-

(16) § 5. J. *de empt. vend.* (41. 1.) L. 34. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 2. pr. § 1. L. 4. L. 6. D. *de hered. vel act. vend.* (18. 4.) L. 12. § 2. L. 38. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 20. D. *de servit.* (8. 1.) L. 3. § 2. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 48. § 6. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 12. § 3. D. *de publ. act.* (6. 2.) L. 32. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 32. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 12. § 2. D. *de act. empti* (19. 1.)

(17) L. 8. L. 15. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(18) L. 15. § 2. L. 16. D. *eod.* L. 22. § 3. D. *mandati* (17. 1.) V. sopra § 235. Nota 25. e 26.

(19) L. 8. pr. L. 34. § 2. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(20) L. 61. D. *eod.*

(21) L. 8. § 1. D. *eod.* L. 7. L. 10. L. 11. D. *de hered. vel. act. vend.* (18. 4.) L. 11. § 17. L. 12. D. *de act. empti* (19. 1.)

(22) Cic. in Ver. II. 4. c. 5. L. 6. § 3. D. *de off. proc.* (1. 16.) L. 62. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 46. § 2. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 9. D. *de re mil.* (49. 16.) Confr. la mia St. § 43. Nota 24.

(23) L. 46. D. *de contr. empt.* (18. 1.); L. 4. C. Th. *de iis qui administrant.* (8. 15.)

(24) L. 52. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 48. D. *de damno infecto* (39. 2.) L. 2. C. *de aedif. priv.* (8. 10.) Conf. la mia st. § 102. Nota 5.

(25) L. 34. § 3. D. *de contr. empt* (18. 1.). Vi sono delle pene speciali quando furtivamente si è venduto il frumento ed i foraggi dello Stato L. 3. L. 4. C. *quae res venire non poss.* (4. 40.)

vendite (26), al che Costantino aggiunse anche la confisca (27). Sono eziandio delle disposizioni affini le seguenti: che cioè Onorio vietò di esercitare il commercio a tutti quei che appartengono agli ordini più elevati (28); che il commercio della porpora e della seta da Graziano fu riserbato allo Stato (29); che per le costituzioni di Valente e Marciano non poteano vendersi ai barbari liquori preziosi ed armi (30); e che, secondo la prescrizione di Leone ed Antemio, gli abitanti di una Metrocomia non poteano alienare i loro fondi se non agli abitanti del luogo medesimo (31). Si può anche riguardare come una limitazione indiretta del contratto di vendita il dritto di prelazione, *jus protimiseos*, cioè il dritto che alcuno ha di esser preferito a tutti gli altri compratori, quando voglia dare il medesimo prezzo (32), il qual dritto in più casi è dalla legge stabilito (33). Per un certo tempo anche i parenti del venditore si ebbero generalmente questo dritto di preferenza, il quale nondimeno fu abolito da Valentiniano II. e Teodosio I. (34). Talvolta la vendita si dee fare (35) col mezzo di pubblici incanti al maggior offerente, *auctio* (36) s. *sub hasta venditio* (37); e se si è convenuto di formare una scrittura, allora il contratto, secondo che Giustiniano dispose, non diviene obbliga-

(26) L. 1. L. 8. C. *sine censu* (4. 47.). Anche nel pegno dato in mano al creditore l'oppignorante non può obbligatoriamente assumere il pagamento delle imposte pel creditore che è in possesso L. 42. D. *de pactis* (2. 14.)

(27) Fragm. Vat. § 35.; L. 1-4. C. Th. *qui sine censu* (11. 3.) L. 2. C. *sine censu* (4. 47.)

(28) L. 3. C. *de commerciis* (4. 63.)

(29) L. 1. L. 2. C. *quae res ven. non poss.* (4. 40.)

(30) L. 1. L. 2. C. *quae res exportari non debeant* (4. 41.). Secondo Livio XLIII. 5. pare che non potessero vendersi dei cavalli ai barbari.

(31) L. un. C. *non licere habitator.* (11. 55.). I territorii municipali eran divisi in distretti, *pagi*, ed ogni distretto avea un luogo principale che chiamavasi *Metrocomia* J. Gothofredus ad L. ult. § 1. C. Th. *de patrocin vic.* (11.24.)

(32) L. 75. D. *de contr. empt.* (19. 1.) L. 21. § 5. D. *de act. empti* (19. 1.)

(33) L. 6. § 1. L. 7. L. 8. D. *de in diem addict.* (18. 2.) L. 16. D. *de bon. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 1. C. *de metall.* (11. 6.) L. 3. C. *de jure emphyteut.* (4. 66.)

(34) L. 14. C. *de contr. empt.* (4. 38.); L. 6. C. Th. *eod.* (3. 1.). Non è certo se Costantino sia stato l'autore di quel dritto esorbitante, come il Gotofredo suppone ad L. 6. C. Th. cit; ad ogni modo Plin. ep VII. 11. non dimostra che ciò avesse già luogo al tempo di Trajano.

(35) Caj. III. 77-79.; pr. J. *de success. subl.* (3. 12.) L. 1. L. 2. C. *si in causa jud.* (8. 23.) L. 1-5. C. *de fide et jure hastae fisc.* (10. 3.) Nov. 120. c. 6. § 2.

(36) Cic. ad Attic. XII. 3. XIII. 13. ad famil. X. 32. pro Caecina c. 13. *de lege agrar.* I. 3. in Catil. II. 8.

(37) Festo, *v. hasta*; Cic. *de lege agrar.* II. 20.

torio che dopo la soscrizione (38) ; ma in altro caso, co
consensuale non richiede forma veruna (39). Siccome il
vendita è una convenzione bilaterale, così ne risultano
directae, l'*actio empti* da parte del compratore, e *l' ac*
parte del venditore (40). Ambedue sono di buona fede
tendono anche alla restituzione, allorchè un affare già
parte eseguito per qualsivoglia cagione diviene caduco
chi vuole usar dell'azione bisogna che dal suo lato abbia
eseguito la prestazione, alla quale è tenuto (43), purchè
venuto che l'altro debba prestare in prima, ovvero purch
si trovi in *mora accipendi* (44).

1.° Alle obbligazioni del venditore che si possono f
l'actio empti appartiene in ispezialtà 1) di trasferire l'
vendita in quel modo che la sua natura può comportare (
far la tradizione delle cose vendute (46), nel che però pri
niano ebbe luogo lo special favore, che un venditore anche p
cipi non era tenuto che alla semplice tradizione (47); 2)

(38) L. 17. C. *de fide instrum.* (4. 21.) pr. J. *de empt. vend.* (3. 2
(39) Pr. J. cit. L. 1. § 2. L. 2. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.)
evict. (21. 2.) L. 9. C. *si quis alteri vel sibi* (4. 51.). La disposizio
che la vendita si dovesse far sempre in presenza di testimoni, ai quali il
dimostrare la sua proprietà, Fragm. Vat. § 35., pare che non sia stata
te in uso. Fu questo un vano tentativo di ristabilire una specie di mancip

(40) L. 11. pr. L. 13. § 19. D. *de act. empti venditi* (19. 1.) §
vend. (3. 24.)

(41) § 28. J. *de act.* (4. 6.)

(42) L. 6. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 16. D. *de in diem.*
4. pr. D. *de lege commiss.* (18. 3.) L. 11. § 5. 6. L. 13. § 27. D. *d*
1.) L. 2. C. *de resc. vend.* (4. 44.) L. 2. C. *de pact. int. empt. et v*

(43) L. 13. § 8. 9. L. 25. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 31. § 8. J
(21. 1.) L. 5. § 4. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 5. C. *de evict.* (8. 45.

(44) L. 9. L. 72. pr. D. *de solut.* (46. 3.) L. 39. D. *de R. J.* (50

(45) L. 20. D. *de servit.* (8. 1.) L. 3. § 2. D. *de act. empti* (19.
D. *de hered. vend.* (18. 4.) L. 4. L. 7. L. 8. L. 9. C. *eod.* (4. 39.)
et A. (4. 10.)

(46) L. 1. pr. L. 2. § 1. L. 3. § 2. L. 11. § 2. D. *de act. empti*
§ 1. D. *de hered. vend.* (18. 4.) L. 4. L. 6. C. *eod.* (4. 39.) L. 4. C
(4. 49.)

(47) L. 25. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 75. § 10. D. *de*
Varro *de re rust.* II. 5-7. Al tempo di Plauto pare che i venditori no
liberati dalle forme della mancipazione Plaut. in Persa IV. 3. v. 51-63
2. v. 1. seg. Per contrario dalla L. 16. D. *de cond. causa data* (12.
che i Giureconsulti classici promoveano con tanta forza la liberazione d

endita di cose da doversi acquistare, ed anche in una semplice compra di speranza, tutto ciò che è necessario per procurarsi effettivamente le cose (48); 3) di partecipare al compratore le notizie su dei confini ed altri rapporti della cosa venduta, e di consegnare i relativi documenti (49), 4) di consegnargli insieme colla cosa principale anche i *commoda rei* (50), cioè le pertinenze (51), le accessioni (52), i frutti prodotti ricavati dopo la conchiusione del contratto, e tutto ciò che altramente per mezzo della cosa siasi dipoi acquistato (53); 5) di risarcire (54) la perdita ed i deterioramenti delle cose da prestarsi, in quanto il venditore sia in colpa (55), sotto il qual rapporto egli è risponsabile per la menoma colpa (56), e per conseguenza è anche tenuto alla *custodia* (57); e, se i danni provengono da un terzo, di cedergli ad ogni modo le azioni, che per tal ragione gli competono (58); 6) di fare in modo che il compratore possa avere e conservare la cosa conformemente al contratto, *praestare habere licere*, o indennizzarlo in caso contrario, sebbene ciò non abbia luogo che dopo seguita l'evizione, a meno che egli non abbia dolosamente venduto una cosa altrui (59); 7) di ristorare il danno pei difetti occulti della cosa (60),

che si dichiarò non esser compra ma permuta quando alcuno stabiliva che una *res mancipi* pel prezzo di una somma di danaro non gli dovesse essere semplicemente consegnata, *tradita*. Ma dopo che cessò la distinzione delle *res mancipi e nec mancipi*, e che la tradizione fu elevata ad una forma generale di trasmissione (§ 166. Nota 10.) quel fatto non può più altrimenti aver applicazione, che quando dritti particolari fan dipendere il passaggio della proprietà da un rilascio giudiziale o da altre forme, nel qual caso però difficile tuttavia a riconoscerlo.

(48) L. 12. D. *de act. empti* (19. 1.)

(49) L. 48. L. 52. pr. D. *eod.* L. 35. § 8. L. 63. § 1. L. 66. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(50) L. 1. C. *de peric. et comm.* (4. 48.)

(51) L. 13. § 31. L. 14-18. D. *de act. empti* (19. 1.)

(52) L. 7. pr. D. *de peric. et comm.* (18. 6.)

(53) L. 13. § 10-18. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 13. L. 16. C. *eod.* (4. 49.); Paul. R. S. II. 7. § 17.; Fragm. Vat. § 2. 15.

(54) L. 13. § 18. L. 31. § 1. D. *eod.*

(55) L. 68. § 2. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 4. C. *de act. empti* (4. 49.)

(56) L. 68. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 13. § 16. D. *de act. empti* (19. 1.)

(57) § 3. J. *de empt. vend.* (3. 24.) L. 2. § 1. L. 3. L. 11-14. D. *de peric.* (18. 6.) L. 36. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 18. § 8. 9. L. 38. pr. D. *de damno inf.* (39. 2.)

(58) § 3. J. cit. L. 35. § 4. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 13. D. *de peric.* (18. 6.) L. 13. § 12. L. 31. pr. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 14. pr. D. *de furtis* (47. 2.)

(59) L. 4. pr. L. 11. § 13. L. 30. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 7. L. 8. L. 66. § 1. L. 60. L. 70. D. *de evict.* (21. 2.) L. 3. L. 25. C. *eod.* (8. 45.)

(60) L. 1. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 6. § 4. L. 11. § 5. L. 13. § 3. D. *de act. empt.* (19. 1.) L. 14. C. *eod.* (4. 49.)

pei dritti limitativi non dichiarati, come pure pei dritti alla cosa, che non furono indicati, e quindi per l'ignor... pratore andarono perduti (61), come pure per la mancan... lità della cosa, che il venditore assicurò (62), nel che, in... dee fare indenne il compratore di tutto il suo interesse... medesimo era in errore, dee soltanto rimborsare quanto... di meno (63); 8) di prestare sulla richiesta del comprat... male cauzione verbale, *stipulatio dupli*, *tripli*, *quadru*... con una convenzione accessoria per le indennità indicate s... ri 6 e 7 siasi promessa una riparazione in più doppi (64)... *pulatio dupli* dee seguire anche senza una precedent... quando non siasi convenuto il contrario, e l' affare d' altu... guardi una cosa insignificante (65). Imperocchè presso... divenuto di così frequente usanza l' aggiungere ai contra... di qualche importanza una *stipulatio dupli*, che una tale... guardavasi come un *naturale negotii* che s' intendeva d... so (66).

2.° Dall'altro lato le obbligazioni principali del compr... adempimento è diretta *l'actio venditi* sono 1) di pagare il... e questo in modo che il venditore ne divenga proprietario... che ciò avvenga, o che il venditore sia stato in altra gu... to, o consenta di dare a credito, non può chiedersi la tr... e secondo le dodici Tavole la proprietà della cosa già co... passa neppure nel compratore (70), ma il venditore può t... dicarla (71), senza che gli si possa opporre la *exceptio* r...

(61) L. 66. pr. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 1. § 1. L. 39. ... (19. 1.) L. 39. § 5. L. 69. § 5. D. *de evict.* (21. 2.)

(62) L. 43. pr. L. 59. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 6. § 6. L. 1... *act. empti* (19. 1.) L. 18. L. 19. D. *de aedil. ed.* (21. 2.) L. 75. D...

(63) L. 13. pr. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 45. D. *de contr.*...

(64) L. 56. pr. D. *de evict.* (21. 2.)

(65) L. 3. L. 37. D. *eod.* L. 72. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.); ... 8. L. 14. C. *de act. empti* (4. 49.)

(66) L. 31. § 20. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) Confr. § 279. e 280. ...

(67) § 41. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 19. D. *de contr. empt.* (18. 1...

(68) L. 11. § 2. D. *de act. empti* (19. 1.)

(69) Il pagamento parziale non basta neppur quando di più comprat... gato la sua parte L. 31. § 8. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(70) § 41. J. *de rer. div.* (2. 1.); Theoph. ad h. l.; L. 19. L. 5... *empt.* (18. 1.) L. 11. § 2. D. *de act. empti* (19. 1.)

(71) L. 5. § 18. D. *de tribut. act.* (14. 4.)

traditae (72), questo però può aver solo a fine di dargli una sicurezza, giacchè egli non può rompere il contratto per motivo della non seguita soddisfazione (73). Neppure il *casus* libera il compratore dall'obbligo di pagare il prezzo, se per un avvenimento fortuito la cosa sia perita o deteriorata (74), eccetto A. allorchè il venditore si trovi in mora di far la tradizione, quando il caso sopravviene (75), o B. il compratore abbia tuttora la facoltà di recedere dal contratto (76), o C. la cosa sia perita prima che si fosse verificata una condizione sospensiva (77), o siesi riserbata la facoltà di fare l'assaggio della cosa e di approvarla *emptio ad gustum* s. *ad adprobationem* (78), o E. allorchè, trattandosi di prezzo determinato a misura, la cosa debba essere misurata o numerata *emptio ad mensuram* (79); o F. le cose comprate non sieno state determinate che in quanto alla specie e quantità (80); ma non già anche allorchè una determinata massa di cose fungibili fu comperata in complesso per *aversionem*, il che vien trattato egualmente che un'ordinaria compra di cose individuali (81). Intanto se al compratore già si contrasti la proprietà della cosa, egli non è tenuto

(72) L. 72. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 2. D. *de exc. rei vend.* (21. 3.)

(73) L. 12. C. *de contr. empt.* (4. 38.) Confr. con L. 81. § 8. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(74) § 3. J. *de empt. vend.* (3. 23.) L. 5. § 2. D. *de resc. vend.* (18. 5.) L. 7. pr. L. 8. pr. L. 15. D. *de peric.* (18. 6.) L. 15. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 12. C. *de act. empti* (4. 49.) L. 4-6. C. *de peric.* (4. 48.); Fragm. Vat. § 16. La L. 33. D. *locati* (19. 2.), la quale obbliga il venditore alla restituzione del prezzo quando il *fundus* venduto prima della tradizione sia « publicatus » non può certamente essere intesa della confisca, imperocchè non si suppone alcuna colpa del venditore, e neppure della devoluzione di un *fundus vectigalis* L. 11. pr. D. *de evict.* (21. 2.), e per conseguenza dee restringersi al caso quando il *fundus* a cagione di fare una strada, o per altri scopi vien richiesto dallo Stato mediante pagamento. Intorno alle altre idee V. *Cujacius* tratt. VIII. ad Africanum ad leg. 33. D. cit.; *Gluck* comm. vol. IV. p. 380. seg.; *Wolf* della mora § 7. Nota 61.; *Muhlenbruch* Pand. I. 395.

(75) L. 4. L. 6. C. *eod.* L. 11. D. *eod.* (18. 6.)

(76) L. 17. C. *de fide instrum.* (4. 21.) § 3. J. *de empt. vend.* (3. 23.)

(77) L. 8. pr. L. 10. pr. D. *de peric.* (18. 6.) L. 4. § 1. D. *de in diem. addict.* (18. 2.)

(78) L. 1. pr. L. 4. pr. § 1. D. *de peric.* (18. 6.)

(79) Secondo la L. 1. § 1. D. *eod.* L. 81. § 5. D. *de contr. empt.* (18. 1.) qui il compratore sopporta ancora il *casus deteriorationis*, ma secondo la L. 2. C. *de peric.* (4. 48.) non sopporta neppur questo. Non si oppone la L. 10. § 1. D. *eod.*, la quale non parla di una vera *emptio ad mensuram*.

(80) Fragm. Vat. § 16.; L. 42. D. *de jure dot.* (23. 3.)

(81) L. 62. § 1. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 4. § 1. 2. D. *de peric.* (18. 6.) L. 2. C. *eod.*

a dare il prezzo se non contro una cauzione da presta
2) Inoltre il compratore, senza riguardo a mora, dal mome
ricevuto la cosa fino al pagamento o valido deposito del
pagarne gl' interessi secondo il corso del paese (83). 3) A
rimborsare al venditore le spese che abbia fatte sulla co
menti che abbia dovuto fare per cagione della medesima
clusione del contratto in poi (84). 4) Finalmente dee ripa
danni cagionati, il che veramente per regola non accade, s
do per la risoluzione del contratto si debba restituire la cos
il compratore è anche responsabile per ogni colpa (85).

C. Convenzioni accessorie alla vendita.

§. 259. Al contratto di vendita non altramente che a t
contratti possono aggiungersi delle convenzioni accessori
si possono anche far valere con l'azione *empti o venditi* (1
alcune convenzioni accessorie, le quali sono al tutto partic
tratto di vendita, o almeno in esso più specialmente s' inc

1.° La *in diem addictio*, cioè la riserva da parte del
poter recedere dal contratto entro un determinato tempo,
offra miglior prezzo per la cosa (2), nel che può stare un
così sospensiva come risolutiva (3). In ambedue i casi a
fare svanisce, il compratore, se la cosa di già gli è stata

(82) L. 18. § 1. D. *eod.*; Fragm. Vat. § 12.; L. 24. C. *de evict.* (
(83) Fragm. Vat § 2.; L. 13. § 20. D. *de act. empti* (19. 1.) L.
usur. (22. 1.) L. 2. C. *eod.* (4. 32.) L. 5. C. *de act. empti* (4. 49.).
della mora il compratore non ha da pagar altro che gl' interessi L. 13. C
de periculo (18. 6.)
(84) L. 13. § 22. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 13. L. 16. C. *eod.* (
de peric. (4. 48.)
(85) L. 5. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 31. § 11. 12. D. *de aedil*
23. D. *de R. J.* (50. 17.)
(1) L. 7. pr. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 72. pr. D. *de c*
1.) L. 11. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.)
(2) L. 1. D. *de in diem add.* (18. 2.) L. 2. § 4. D. *pro emptore* (
stesso nome *in diem addictio* ci fa conoscere, qui è essenziale una deter
po, altrimenti la riserva è nulla. Nondimeno è di altra opinione il Donel
civ. XVI. 18. § 4.
(3) L. 2. pr. L. 4. § 5. D. *de in diem. add.* (18. 2.) L. 41. pr.
(6. 1.). Ulpiano qui non decide che cosa si debba ritenere nel dubbio,
4. D. *pro emptore* (41. 4.) Paolo chiaramente decide che in tal caso si
una condizione risolutiva.

dee restituirla con tutti gli utili che ne ha ritratti, e col ristoro per i deterioramenti; il venditore al contrario dee rendere il prezzo ricevuto con gl'interessi e col rimborso delle spese (4). Ma se la condizione è sospensiva, il compratore, prima che questa si verifichi, non ha alcun dritto alla tradizione ed al godimento della cosa (5); di più se la cosa perisce, tutta la vendita si estingue (6), ed il venditore, anche quando abbia anticipatamente consegnato la cosa, ne rimane tuttavia proprietario (7): mentre, se la *in diem addictio* si è aggiunta come condizione risolutiva, può incontanente richiedersi l'esecuzione del contratto, la proprietà della cosa consegnata passa nel compratore, sebbene pel verificarsi della condizione cessi *ipso jure*, e la perdita della cosa non ha per effetto l'estinzione del contratto, ma solo la caducità del patto accessorio (8). Del rimanente perchè la condizione si avveri si richiede sempre che un altro seriamente ed effettivamente abbia fatto un offerta più vantaggiosa di quella del primo compratore (9), che il venditore abbia accettata quest'offerta, al che egli per regola non è tenuto (10), e che il primo compratore, non voglia aggiungere un supplemento per il di più che è stato offerto al venditore (11), e rimborsare i frutti, che dovrebbe altrimenti restituire (12). Se vi sono più venditori, allora si richiede che tutti abbiano accettato la migliore offerta (13), e se son più i compratori anche un solo può evitare la restituzione mediante l' offerta di un supplemento, purchè non si limiti alla sua semplice parte (14).

2.° La *lex commissoria*, cioè il patto che il compratore debba perdere i dritti che gli vengono dal contratto di compra, allorchè egli in un determinato tempo, o dopo l'avvertimento non paghi il prezzo (15), il che nel dubbio si ha a ritenere come una condizione risolutiva, ma

(4) L. 4. pr. § 4. L. 6. pr. L. 14. § 1. L. 16. L. 20. D. *de in diem. add.* (18. 2.)
(5) L. 4. pr. D. *eod.*
(6) L. 2. § 1. D. *eod.*
(7) L. 4. pr. D. *eod.* L. 41. pr. D. *de rei vind.* (6. 1.)
(8) L. 41. pr. D. cit. L. 2. § 1. L. 8. L. 4. § 3. D. *de in diem. add.* (18. 2.) L. 3. D. *quib. mod. pign.* (20. 6) L. 2. §. 4. D. *pro emptore* (41. 4.)
(9) L. 4. § 5. 6. L. 5. L. 6. pr. L. 14. pr. § 2. 5. L. 15. § 1. L. 19. D. *de in diem. add.* (18. 2.)
(10) L. 9. L. 10. L. 14. § 3. D. *eod.*
(11) L. 7. L. 8. L. 17. D. *eod.*
(12) L. 6. § 1. D. *eod.*
(13) L. 11. § 1. L. 12. L. 13. D. *eod.*
(14) L. 18. D. *eod.*
(15) L. 4 pr. L. 5. L. 8. D. *de lege commiss.* (18. 3.), Fragm. Vat. § 11.

può contenere eziandio una condizione sospensiva (16). lex commissoria havvi una pena convenzionale, così s' senza avvertimento, pel semplice decorrimento del t avrebbe dovuto pagare (17), purchè il venditore non s accipiendi (18), e non giova ad impedirla il pagament Intanto il venditore non è tenuto a far uso della *lex co* può anche richiedere il pagamento (20), solo, deve egli e dopo che ha richiesto il pagamento, o ha accettato prezzo, o ha rinunciato all'effetto del patto commissori farlo valere di poi (21). Se si viene alla restituzione, il restituire la cosa coi frutti, e con le pertinenze, come il ristoro pei danni (22), e perde ciò che egli ha dato vero come porzione del prezzo (23). Ma se per questo de una parte del prezzo, può invece ritenere i frutti (2 sti generali svantaggi della *lex commissoria* possono eziandio degli altri mediante speciali convenzioni (25); cora la convenzione opposta, che il venditore debba per ti, allorchè non offre la cosa a tempo debito (26).

3.° Il *pactum reservati dominii* (27), allorchè il ve de a credito si riserva di rimaner proprietario fino al prezzo (28). Il contratto di vendita non diviene per que le, ma solo ne vien differito l'adempimento, e però il c me al solito, porta egli il rischio della cosa (29), n

(16) L. 1. D. *de lege commiss.* (18. 3.) L. 8. L. 7. C. *de pa vend.* (4, 54.)

(17) L. 4. § 4. D. *eod.* L. 12. C. *de contr. stip.* (8. 38.) V. §

(18) L. 4. § 2. L. 8. D. *de lege commiss.* (18. 3.) L. 10. § 1. D. *de re*

(19) L. 4. § 1. L. 6. pr. D. *de lege comm.* (18. 3.) L. 47. D. *de* L. 10. pr. D. *de rescind. vend.* (18. 5.)

(20) L. 2. L. 3. L. 4. § 2. D. *de lege commiss.* (18. 3.)

(21) L. 4. § 2. L. 6. § 2. L. 7. D. *eod.*; Fragm. Vat. § 3. 4.; *int. empt. et vend.* (4. 54.)

(22) L. 4. pr. § 1. L. 5. L. 6. pr. § 1. D. *eod.* L. 6. C. *de pact.* (4. 54.)

(23) L. 6. pr. D. *eod.* L. un. C. *de pact. int. empt. et vend.* (4

(24) L. 4. § 1. D. *eod.*

(25) L. 4. § 3. D. *eod.*

(26) L. 47. D. *de act. empti* (19. 1.)

(27) *Dunker* nel Mus. Ren. vol. V. n. 4. e 7.

(28) L. 16. D. *de peric.* (18. 6.) L. 20. § 2. L. 21. D. *locati* (D. *de damno inf.* (39. 2.) L. 20. D. *de precario* (43. 26.)

(29) L. 16. D. *de peric.* (18. 6.)

convenzione non sia conchiusa nel momento stesso della tradizione, non può richiedere la consegna, eccetto che non siasi questa espressamente promessa „ ed allora per questo mezzo „ secondochè per l' anticipato godimento si debba pagare o no qualche cosa, ne risulta una locazione (30), o un *precarium* (31), ma non già la proprietà (32) nè il possesso di usucapione (33), la cosa però deve rimanere presso il compratore per quel tempo che pende la condizione dell'acquisto della proprietà (34), e col verificarsi di questa condizione la proprietà per mezzo del *constitutum possessorium* passa da sè nel compratore (35). Contro i terzi il compratore anche nel caso di un'anticipata consegna non può per riguardo alla cosa intentare azioni, se non in quanto per queste sia sufficiente un semplice interesse (36); quelle azioni poi che presuppongono la proprietà appartengono solo al venditore (37); ed inoltre quei vantaggi, che non appartengono al godimento propriamente detto, non competono al compratore se non dopo che ha acquistata la proprietà (38).

4.° Il *pactum de retro vendendo*, pel quale il venditore conviene che la cosa a sua richiesta debba essergli rivenduta o pel medesimo prezzo o per un altro che siasi anticipatamente determinato, l'esecuzione

(30) L. 16. D. cit. L. 20. § 2. L. 21. D. *locati* (19. 2.)

(31) L. 20. D. *de precar.* (43. 26.) L. 38. pr. D. *de damno inf.* (39. 2.) Confr. L. 3. C. *de pact. int. empt. et vend.* (4. 54.)

(32) L. 16. D. *de peric.* (18. 6.) L. 38. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.). Quando *Muller* Arch. per la prat. civ. vol. XII. n. 13., e tratt. civ. Giess. 1833. n. 1. pensa che il venditore, il quale vende a credito e nondimeno si riserba la proprietà si contradica con sè medesimo, ciò deriva da un sofisma. Il consentire a vendere a credito non contiene che la dichiarazione di voler aspettare, quantunque dopo la tradizione si abbia il dritto di domandare il pagamento. In ciò non si contiene che la proprietà debba passare, come se si fosse pagato; siffatta conseguenza non vi è attribuita che dalle dodici Tavole § 41. J. *de rer. div.* (2. 1.). E però il venditore riserbandosi la proprietà non contradice a sè medesimo ma soltanto ad una disposizione della legge; e non si può poi dubitare che questa disposizione non sia altro che una semplice disposizione ipotetica, la quale può esser cambiata dalla convenzione L. 48. D. *de pact.* (2. 14.). Oltre a ciò il *pactum reservati dominii* concepito come condizione risolutiva coinciderebbe colla *lex commissoria*.

(33) Non si oppone la L. 8. D. *de publ. in rem. act.* (6. 2.) Confr. *Dunker* l. c. § 15.

(34) L. 20. D. *de precario* (43. 26.) L. 38. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 7. § 3. D. *de jure dot.* (23. 3.)

(35) L. 7. § 3. D. cit.

(36) L. 4. D. *de in diem. addict.* (18. 2.)

(37) L. 13. § 12. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 14. pr. L. 68. § 5. L. 82. pr. D. *de furtis* (47. 2.)

(38) L. 16. D. *de periculo* (18. 6.)

del qual patto si può richiedere coll' *actio venditi* (39); da un altro lato si può immaginare anche un *pactum de retro emendo*, per effetto del quale il compratore si riserbi di poter richiedere che la cosa si ricompri per un determinato prezzo, e da ciò dee risultare l'*actio empti*, sebbene le fonti tacciano intorno a questo.

2) *Contratto di locazione.*

A. Nozione e contenuto.

§. 260. Nella nozione della locazione *locatio conductio* come contratto consensuale bilaterale, pel quale uno dei contraenti, il locatore *locator* promette o di far godere di una cosa o di prestare certi servigi, e l'altro il locatario, *conductor* promette in cambio di pagare una somma di denaro assolutamente o relativamente determinata come prezzo della locazione *merces* (1), son propriamente comprese due convenzioni ben diverse in quanto al loro oggetto.

1.° La locazione delle cose, *locatio conductio rerum*, nella quale, allorchè non si siano locate delle cose mobili in tal maniera, che se ne debba restituire solamente il prezzo (nel qual caso la convenzione contiene nello stesso tempo una vendita) (2), la proprietà delle cose consegnate per goderne rimane al locatore (3), ma nondimeno al locatario compete il dritto di locar nuovamente la cosa ad un altro o per intero o in parte, mediante una novella locazione *sublocatio*, la qual sublocazione in quanto alle case assicura al primo locatore anche un dritto di pegno sulle cose del subinquilino, che vi furono introdotte, fino all'ammontare del prezzo della locazione di costui (4). Prescindendo dal caso singolare che sia trasferita la proprietà, la locazione delle cose presuppone che le cose siano tali, che se ne possa godere sen-

(39) L. 2. L. 7. C. *de pact. inter. empt. et vend.* (4. 54.) L. 6. D. *de rescind. vend.* (18. 5.)

(1) Caj. III. 142-144.; Paulus S. II. 18. 8. § 1.; pr. § 1. 2 J. *de locat. cond.* (3. 24.) L. 2. pr. L. 25. pr. D. *locati* (19. 2.)

(2) L. 3. L. 54. § 2. D. *eod.*; Caj. III. 146. I pratici chiamano questo caso una *locatio conductio irregularis*.

(3) L. 39. D. *eod.*

(4) L. 7. L. 8. L. 24. § 1. L. 53. D. *eod.* L. 11. § 5. D. *de pign. act.* (13. 7.) Il dritto di pegno del primo locatore sulle cose del secondo conduttore ha senza dubbio per fondamento l'idea di una sottopignorazione da parte del secondo conduttore, e quindi esso non ha luogo sulle cose di coloro che gratuitamente sono ammessi nell' abitazione L. 5. pr. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.)

nsumarle, e si suddivide in due specie principali: A. in locazione emplice uso; e B. in locazione detta colonia, allorchè delle cose fere si danno in affitto per goderne dei frutti, ma per siffatta lone è necessario che il fittaiuolo *colonus* abbia l' amministrazione maneggio delle cose, giacchè quando alcuno promette ad altri n prezzo i frutti di una cosa, che da lui medesimo si dovrà colti- questo non è da considerare come locazione, ma come vendita rutti, anche quando il compratore si dovesse incaricare della lta (5). Una specie di locazione dell'uso, che per molti rapporti si ngue, è la locazione di una casa (6), dalla quale può anche risulta- dritto reale *jus in superficie* (7); siccome pure dall'altro lato il orto dell'*ager vectigalis*, e l' enfiteusi appariscono come una spe- i colonia di una forma particolare (8).

° La locazione delle opere *locatio conductio operarum*, la quale ammessa solo pei lavori ordinarii, e per le prestazioni di servi-), *operae illiberales*, e può essere eziandio di due specie: A. una plice prestazione di servigi (10), ovvero B. l' appalto di un' opera *io conductio operis*, nel che s' incontrano delle espressioni che a da s' intrecciano e si scambiano, imperciocchè l' intrapreditore opera, il quale ha locato i suoi servigi per eseguire e compiere la esima, vien chiamato *conductor operis*, e per contrario colui che reso in locazione i servigi, vien detto *locator operis* (a) (11). Nel- imo caso la mercede può determinarsi o in complesso per *aversio-* , o a misura *ad pedes mensurasve* (12). Del rimanente se colui, ha intrapreso per un prezzo l'esecuzione di un' opera, sommini-

Cato *de re rust.* c. 146-150. Non si oppone la L. 21. C. *de locat.* (4. 65.). Da p. *Venditiones* si può forse dedurre che anticamente la locazione dei fondi rustici erale si riteneva come una vendita dei frutti.

V. § 261. Nota 16. 17. 22., e sopra § 199. n. I. 1.

V. § 176. Nota 11.

V. § 177-179.

) L. 1. pr. D. *si mensor* (11. 6.) L. 38. § 1. D. *locati* (19. 2.) L. 5. § 2. D. *scr. verb.* (19. 5.) L. 1. pr. § 5. 7. D. *de extraord. cognit.* (50. 13.)

0) Paul. S. R. II. 18. § 1.; L. 26. L. 38. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 91. D. *de* (47. 2.)

1) L. 11. § 3. L. 22. § 1. 2. L. 36. L. 37. L. 48. pr. L. 59. D. *eod.*; Cato *de re* c. 14.

2) L. 30. § 3. L. 36. L. 51. § 1. D. *eod.*

Chi promette il suo lavoro relativamente al lavoro appellasi locatore, e relativamen- l'opera da farsi, conduttore; e viceversa chi promette la mercede relativamente al ra da farsi dicesi locatore, e relativamente al lavoro, che l'altro ha promesso di pre- , conduttore. Nota del Trad.

stra egli medesimo tutt' i materiali che vi occorrono, a
venzione non è più una *locatio conductio operis*, ma una
che veramente da prima era controverso, ma da Giustinia
a questo modo (13), e se l' intraprenditore riceve le cose
che sia tutt' uno se egli adoperi per lo scopo prefisso p
queste medesime cose, o altre ugualmente buone, *locatio c*
ris aversi, allora ciò ha almeno il singolare effetto che
passi in lui (14). Particolari eccezioni dalla capacità di co
zioni sono: che 1) i tutori, secondo un Rescritto di Sett
e Caracalla, prima di rendere il conto, non possono pre
fitto dal Fisco (15); 2) i soldati e Decurioni in generale
prendere in locazione o a colonia niun fondo (16); e 3) gli
neppure possono prendere a colonia se non i fondi apparte
ro Chiesa (17). Anche qui, come nella vendita, non import
no eguaglianza di valore fra le prestazioni da farsi dall' u
tro lato (18); nondimeno se la mercede è una piccolissima
teramente sproporzionata, *locatio uno nummo*, allora la
si ritiene come donazione o comodato (19), ma la remissio
re del prezzo di locazione non altera per nulla la natura
to (20). Generalmente è necessario che la mercede sia de
denaro (21), quando anche fosse pattuito che la soddisfazi
consistere in altro (22). Solo la locazione a colonia amme
determinazione della mercede in frutti (23), presupposto
pattuita una quantità determinata di frutti. Imperocchè
debbono esser divisi a parti eguali o ineguali, allora la c

(13) § 4. J. *de locat.* (3. 24.) Confr. con L. 2. § 1. L. 22. § 1. D.
65. D. *de contr. empt.* (18. 1.); Caj. III. 147. Per gli edifizii l' intr
prestare anche il suolo, altrimenti non vi è che una *locatio conductio o*
de contr. empt. (18. 1.)

(14) L. 31. D. *locati* (19. 2.). I pratici parimente indicano ciò come
ctio irregularis.

(15) L. 49. D *eod.* L. 1. § 9-12. D. *de lege Cornel. de fals.* (48.
ne tut. vel. cur. (5. 41)

(16) L. 50. D. *locati* (19. 2.) L. 30. L. 31. L. 35. C. *eod.* (4. 65.)

(17) Nov. 123. c. 6.

(18) L. 22. § 3. L. 23. D. *eod.*

(19) L. 20. § 1. L. 46. D. *eod.* L. 10. § 2. D. *de adq. poss.* (41.
che producono frutti vi è una donazione dei frutti, per le altre non vi è ch

(20) L. 5. L. 24. § 5. D. *locati* (19. 2.)

(21) V. I passi citati nella Nota 1.

(22) L. 35. § 1. D. *eod.*

(23) L. 19. § 3. D. *eod.* L. 18. L. 21. C. *eod.*

letta *colonia partiaria*, viene interamente riguardata qual
4). Come contratto consensuale la locazione di qualunque
richiede forma veruna (25), e solo in alcuni casi si ricerca
ica licitazione (26), come contratto bilaterale poi produce
i dirette, *l'actio locati* da parte del locatore, e *l'actio condu-*
te del conduttore (27), le quali sono amendue di buona fe-
locatore, se altrimenti non siasi convenuto, dev'essere il pri-
sua prestazione, per il che *l'actio conducti* per regola può
incontanente, ma l' *actio locati* solo dopo finita la locazio-
generale le obbligazioni sono:
parte del locatore 1) nella locazione di cose A. di consegna-
debito la cosa locata con tutto ciò che vi appartiene(30), al-
conduttore può chiedere il risarcimento del danno, e poste-
non è più tenuto di riceversi la cosa, a meno che il locatore
ente fosse senza colpa, ma avesse eziandio offerto una cosa e-
buona (31); B. di fare le riparazioni necessarie (32), come pure
le imposte ed altri pesi della cosa (33); C. di rimborsare al
e le spese necessarie ed utili, e ciò che abbia dovuto pagare
a (34.), e D. di prestare i danni interessi, allorchè scientemen-
a locata una cosa viziosa (35), ovvero delle cose che il condut-
può ritenere (36), ovvero egli medesimo lo impedisca o lo tur-
godimento (37), ovvero gli si possa imputare a colpa che ciò

de re rust. c. 138. 144. 145. L. 25. § 6. D. *eod.* L. 13. § 1. D. *praescr.*
.) L. 8. C. *de pactis* (2. 3.). Presso Cato *de re rust.* c. 13. il *conductor*
nasi anche *partiarius* quando i materiali si forniscono da lui e dal locatore.
. L. 2. pr. L. 14. D. *locati* (19. 2.) pr. J. *eod.* L. 24. C. *eod.*
. C. *de locat. praed. civil.* (11. 70.)
J. *de locat.* (3. 24.). Nella *locatio conductio operis* talvolta sono invertiti
i delle azioni p. e. nella L. 48. pr. D. *eod.*
3. J. *de action.* (4. 6.)
4. § 2. L. 30. § 3. D. *locati* (19. 2.)
9. § 2. L. 60. D. *eod.*
. pr. L. 24. § 4. L. 60. D. *eod.*
5. pr. L. 25. § 2. L. 58. § 2. D. *eod.*
9. D. *de usufr.* (7. 1.) L. un. § 3. D. *de via publ.* (43. 10.)
n. § 3. D. cit. L. 55. § 1. L. 61. pr. D. *locati* (19. 2.). Per le spese vo-
si trova che un *jus tollendi* L. 19. § 4. D. *eod.*
13. § 8. L. 19. § 1. L. 60. § 7. D. *eod.* L. 63. § 5. 6. D. *de furt.* (47.
nella locazione di botti da vino non si ha riguardo alla conoscenza del di-
§ 1. D. *locati* (19. 2.)
. pr. § 1. D. *eod.*
5. § 8. L. 19. § 5. L. 24. § 4. L. 27. pr. L. 30. pr. L. 33. L. 35. pr. D.
C. *eod.*

avvenga per parte di altri (38), ed in generale allorchè il co
colpa del locatore (sotto al qual rapporto questi è respo
per la menoma colpa) patisce danno o non ha il godiment
partiene (39). 2) Nella locazione poi di opere le obbligazio
prestare esattamente i servigi ed i lavori promessi in co
la convenzione e dello scopo prefisso, e di consegnare con
te le cose, alle quali la prestazione dei servigi ebbe rapp
di risarcire tutt' i danni cagionati, nel che parimente il
ponsabile per ogni negligenza, e per conseguenza è tenu
custodia, se gli sieno state affidate delle cose mobili (4
ciò è responsabile per la colpa delle persone, che ha impi
ro (42); C. finalmente allorchè la proprietà delle cose d
passata in lui (43), ovvero allorchè egli ha usato delle cose
un modo contrario al contratto, sopporta eziandio il rischi
mento fortuito (44). Se son locate le opere a più person
colui che è stato il primo a farsele promettere (45); ma
ne hanno promessa l'esecuzione di un'opera, tutti rispo
mente (46), e qui non è mai permesso di sostituirsi delle a
senza il consenso del conduttore (47).

2.° A queste obbligazioni del locatore si contrappong
ti obbligazioni del conduttore: 1) L'obbligazione più gene
re il prezzo di locazione, e questo unitamente agl' intere
mora (48), nondimeno solo dopo terminata la locazione, pu
pattuito, o non sia nella consuetudine del luogo di fare

(38) L. 15. § 9. L. 16. L. 17. L. 18. L. 19. pr. L. 25. § 2. L. 3
(39) L. 60 § 7. D. *eod.* L. 28. C. *eod.*
(40) L. 11. § 3. L. 24. pr. L. 36. L. 51. § 1. L. 58. § 1. L. 60
13. C. *eod.*
(41) L. 9. § 5. L. 13. pr. § 2. 5. 6. 8. L. 25. § 7. 8. L. 40.
eod. L. 12. pr. L. 14. § 12. L. 49. § 4. D. *de furtis* (47. 2.) L. 1
cat. (4. 65.). È una singolarità che il locatore di opere non ha l'*actio*
serventi L. 89. D. *de furtis* (47. 2.)
(42) L. 25. § 7. D. *locati* (19. 2.)
(43) L. 31. D. *eod.*
(44) L. 13. § 1. 3. D. *eod.* Nel caso dell'uso di una cosa a prop
che contenersi un furto L. 49. § 4. D. *de furtis* (47. 2.) § 6. J. *d*
(4. 1.) L. 42. D. *locati* (19. 2.)
(45) L. 26. D. *locati* (19. 2.)
(46) L. 85. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.)
(47) L. 31. D. *de solut.* (46. 3.). Non si oppone la L. 48. pr. D
(48) L. 54. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 17. § 4. D. *de usur.* (22
C. *de locat.* (4. 65.)

to, o a diversi termini (49), ovvero non sia stata accettata la
one del locatore (50). Cioè se il conduttore non si avvale della
e, senza far distinzione se non abbia voluto o non abbia potuto
la prestazione, ciò non lo libera, se non in quanto il locatore im-
altramente la sua cosa o il suo lavoro sia stato indennizza-
Ma d'altra parte egli pure non è tenuto a pagare se non in
li sia fatta la prestazione, anche nel caso che il locatore non
pa (52), e se di già avesse pagato potrebbe domandare indie-
ne avea dritto di ritenersi (53). Soltanto è mestieri che la man-
lla prestazione non sia affatto insignificante (54). Nella colonia
incipi sono siffattamente applicati, che quando per la cattiva
er la grandine, o per altri sinistri si perdono i frutti, il colono
andare una proporzionata riduzione della mercede, nella pre-
ione che la perdita avvenga prima che egli mediante la perce-
abbia acquistata la proprietà, che il danno non sia di pochis-
mento, e che non sia compensato dalle abbondanti ricolte de-
anni (55). Una eccezione s'incontra solo nella *locatio condu-*
is, in cui le disgrazie che distruggono o danneggiano l'opera,
e sia consegnata, non liberano dal pagamento, purchè non
venute da una qualità viziosa dell'opera (56); 2) nella loca-
opere debbono rimborsarsi al locatore anche le spese ed i pa-
che egli ha dovuto fare per cagione della prestazione, quan-
rmino una parte della stessa prestazione di servigi, di cui si è
(57), ma non mai si è tenuto a ristorarlo delle perdite per
nti fortuiti, alle quali nell'esecuzione delle opere è andato in-
8). 3) Nella locazione di cose finalmente il conduttore A. dee

0. § 3. D. *locati* (19. 2.) L. 34. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 8. L. 19. C.
. 65.)
24. § 2. D. *locati* (19. 2.)
19. § 9. L. 24. § 2. L. 38. pr. L 55. § 2 L. 61. § 1. D. *eod.* L. 14.

9. § 4. L. 11. § 1. L. 13. § 7. L. 15. § 1-3. L. 25. § 2. L. 27. § 1. L.
. 33. L. 34. L. 35. pr. D. *eod.* Ma non ha luogo il risarcimento dell' inte-
lo il locatore non è in colpa, il che fu ammesso sull' autorità di Servio Sulpi-
pr. D. *eod.*
. § 4 L. 15. § 6. L. 19. § 6. L. 33. D. *eod.*
24. § 4. L. 27. pr. D. *eod.*
5. § 2-7. L. 25. § 6. D. *eod.* L. 8. L. 18. C. *eod.* (4. 65.)
36. L. 37. L. 51. § 1. L. 59. L. 62. D. *eod.*
2. § 2. L. 60. § 8. D. *eod.*
15. § 6. D. *eod.*

in prima trattare la cosa in conformità della convenzio ne, e ad ogni modo poi come un diligente padre di famiglia (59); B. Dopo finita la locazione egli è tenuto di restituir senza indugio la cosa, per assicurare la quale obbligazione Diocleziano dispose che, quantunque sia nulla la convenzione per la quale si prenda in affitto la cosa propria (60), nondimeno non possa allegarsi l'eccezione della proprietà, quando essa abbia bisogno di esser dimostrata (61), e Zenone aggiunse che il conduttore, il quale senza legittima ragione ricusa la restituzione fino alla condanna, debba in pena pagarne anche il valore (62), C. Inoltre il conduttore dee prestar risarcimento per la perdita e pel deterioramento della cosa, sotto il qual rapporto è anche responsabile per ogni colpa (63), e quando la locazione riguarda cose mobili, non solo ha il dovere della custodia (64), ma deve anche essere esposto al giuramento estimatorio (65). D. Per certo il conduttore per regola non risponde del caso fortuito più che non risponde del necessario consumarsi della cosa (66). Intanto si fa eccezione allorchè egli non dee restituire che il valore delle cose locate (67), o allorchè usava della cosa in modo contrario al contratto quando la disgrazia avvenne (68). Se vi sono più conduttori, tutti sono solidalmente risponsabili, anche pel prezzo di locazione (69). Ha molta attenenza colla locazione di opere la convenzione, con la quale alcuno per un compenso si obblighi alla prestazione di quelle opere e servigi, che son tenuti come *operae liberales*. Il compenso allora appellasi onorario *honorarium*, *salarium*, ed a nulla monta se sia anticipatamente determinato, ovvero posteriormente e dopo la prestazione debba esser liquidato. Ma la differenza dalla locazione sta in questo, che l'azione per l'onorario non è *l'actio locati*, ma

(59) § 5. J. *eod.* (3. 24.) L. 11. § 1. 2. 4. L. 24. § 3. L. 25. § 3. L. 29. L. 30. § 2. L. 51. pr. D. *eod.*

(60) L. 15. D. *depos.* (16. 3.) L. 21. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 20. L. 23. C. *de locat.* (4. 65.). Non si oppongono lo L. 28. L. 37. D. *de adq. poss.* (41. 2.)

(61) L. 25. C. *de locat.* (4. 65.)

(62) L. 34. C. *eod.*

(63) L. 5. § 15. D. *commodati* (13. 6.) L. 11. pr. L. 25. § 3-5. D. *locati* (19. 2.) L. 28. L. 29. C. *eod.*

(64) § 5. J. *eod.* Per gl' immobili ciò non ha luogo L. 41. D. *eod.* Non si oppongono le L. 13. pr. L. 25. § 4. L. 29. D. *eod.*

(65) L. 48. § 1. D. *eod.*

(66) § 5. J. *eod.* L. 9. § 2. 3. 4. L. 30. § 4. L. 41. D. *eod.*

(67) L. 54. § 2. D. *eod.* V. sopra Nota 3.

(68) L. 11. § 1. 4. L. 12. L. 13. § 3. D. *eod.*

(69) L. 17. D. *eod.* L. 13. C. *eod.*

ppartiene alla *extraordinaria cognitio praetoris* (70), e che l'o-
li già pagato non può richiedersi indietro, allorchè il servigio
rsi senza colpa dell'obbligato non possa più venir prestato (71),
ltro lato anche quì l' impossibilità di ricevere i servigi non li-
pagamento dell'onorario, se non in quanto colui che dee pre-
ra, impiegando in altro modo i suoi servigi, abbia ottenuto un
o equivalente (72).

B. Fine della locazione.

. Siccome la locazione per regola tende a prestazioni, che non
n una sola volta essere adempiute, così sorge quì la quistio-
e modo la locazione abbia fine. Questa si estingue:
compimento, allorchè si è raggiunto lo scopo pel quale la
erasi fatta, al che appartiene naturalmente, nella *locatio con-
eris*, il compimento e la consegna dell'opera.
caso fortuito, allorchè la cosa locata è perita, o la prestazio-
atore in altra guisa è divenuta impossibile (1).
la morte del locatore, nella locazione di opere (2), o allor-
iserbata la facoltà di recedere dal contratto a proprio talen-
cchè altrimenti la locazione da ambo i lati passa agli eredi (4).
la locazione di cose, per un cambiamento nel dritto sulla co-
è 1) il conduttore acquista la proprietà (5), ovvero 2) il lo-
avea sulla cosa che un dritto rivocabile, e questo è venuto
(6), eccetto il caso che dopo lo scioglimento del matrimonio
go la ripresa delle cose dotali date in affitto (7), o 3) il locatore

. D. *de extraord. cognit.* (50. 13.) L. 6. pr. L. 7. L. 56. § 3. D. *manda-*
. 1. C. *eod.* (4. 35.)
8. § 1. D. *locati* (19. 2.) L. 1. § 13. D. *de extraord. cogn.* (50. 13.) L.
. § 6. C. *de advoc. div. judic.* (2. 8.)
D. *de offic. assessor.* (1. 22.) L. 19. § 10. D. *locati* (19. 2.)
260. Nota 52. e 53.
occhè ora la prestazione è divenuta impossibile al locatore. Non si oppongo-
C. *de contr. stip.* (8. 38.) L. un. § 9. C. *de cad. toll.* (6. 51.)
D. *locati* (19. 2.)
. *de locat.* (3. 24.) L. 19. § 8. L. 24. § 5. L. 60. § 1. D. *eod.* (19. 2.)
. C. *eod.* (4. 65.)
§ 6. L. 10. D. *eod.*
neno quando il locatario non è stato informato della revocabilità del dritto
esso può domandare il risarcimento del danno L. 9. § 1. D. *eod.*
§ 15. D. *de dote praeleg.* (33. 4.) L. 25. § 4. D. *sol. matrim.* (24. 3.)

aliena la proprietà, o vi stabilisce tali *jura in re*, che abbraccino tutto l'uso della cosa, nel qual caso non solo il conduttore non è tenuto a continuare la locazione a profitto dell'acquirente (8), ma questi eziandio non è obbligato di tollerarne la continuazione (9); nondimeno in quest' ultimo caso il conduttore può chiedere una indennità dal locatore (10); ma ciò non ha luogo anche nel caso che si apra un concorso contro il locatore, giacchè i creditori debbono mantenere l'affitto (11).

5.° Per la disdetta, la quale nella locazione a tempo indeterminato può ad ogni momento liberamente farsi da ciascuna delle parti, in quanto la convenzione o la consuetudine locale non vi apportino delle restrizioni (12); per contrario nella locazione a tempo determinato, o per uno scopo determinato da conseguirsi mediante la medesima, essa non è permessa che per eccezione. 1) In questo caso il locatore può fare la disdetta soltanto A. allorchè il conduttore è obbligato a pagare in diversi termini, e per due anni non ha pagato il fitto (13), ovvero B. allorchè il medesimo abusa della cosa locata (14), ovvero C. allorchè il locatore di una casa manifestamente ne ha bisogno per sè (15), ovvero D. allorchè la casa locata ha mestieri di una riparazione tale, che l' inquilino non vi possa frattanto rimaner den-

(8) L. 32. D. *locati* (19. 2.). Il contrario si sostiene nel tratt. civ. di *Heise* e *Kropp* vol. II. n. 10. pel caso che l'alienante abbia assicurato all' acquirente della cosa la continuazione dell'affitto.

(9) L. 25. § 1. L. 32. L. 58. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 59. § 1. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 13. § 30. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 120. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 9. C. *de locat.* (4. 65.). Soltanto trovasi una piccola restrizione per le alienazioni del fisco L. 50. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(10) V. I luoghi citati nella precedente Nota. Da ciò risulta che la massima: » la vendita rompe l' affitto » non è vera che per metà, imperocchè il locatore non è assolutamente liberato. Del rimanente si contiene nella indennità anche ciò che il conduttore mediante la sublocazione avrebbe guadagnato L. 7. L. 8. L. 30. pr. D. *locati* (19 2.) L. 53. pr. D. *de act. empti* (19. 1.). Per contrario il subconduttore non può richiedere alcuna indennità, giacchè l' alienazione pel sublocatore è un *casus*.

(11) L. 8. § 1. D. *de bon. auct. poss.* (42. 1.). Secondo ciò quando la vendita si fa dai creditori, ed il compratore non vuol lasciar sussistere l' affitto, il dritto che il conduttore ha alla indennità, dev'esser trattato come un debito della massa.

(12) L. 19. C. *de locat.* (4. 65.)

(13) L. 54. § 1. L. 56. D. *locati* (19. 2.) Nov. 120. c. 8. Nelle locazioni del fisco basta l' arretrato di un solo anno, se il fittajuolo è insolvibile L. 2. C. *de fund. rei priv.* (11. 65.) Ma senza ragione da molti il concorso del locatario vien riguardato in generale come causa di disdetta. *Schweppe*, Concorso § 62.

(14) L. 3. C. *de locat.* (4. 65.) Nov. 120. c. 8.

(15) L. 3. C. cit.

E 2) il conduttore dal suo canto può far la disdetta soltanto A. la prestazione non è seguita a tempo debito (17), eccetto n' opera da eseguirsi sia stata colpita da un caso fortuito, llora l' intraprenditore in caso di bisogno ha di nuovo l' inte- di tempo, che gli si era in prima conceduto (18); B. allorchè che le spese di un' opera data in appalto sono state valutate prenditore ad una somma troppo bassa (19); C. allorchè la ta ha, o acquista dei difetti, i quali essenzialmente si attraver- scopo della locazione (20), e D. allorchè un legittimo timo- nge ad abbandonare la casa data in affitto (21).

r la sopravvenienza di una condizione risolutiva (22), e pel de- to del tempo stabilito per la locazione (23), nel che in gene- ha luogo alcun obbligo per la rinnovazione dell' affitto (24). doni del Fisco, secondo una disposizione di Teodosio I. han- to di conservare la locazione quando offrono di dare la mede- rcede offerta da altri (25), ed al contrario l' antica usanza di rli a continuare nella locazione, allorchè niuno volesse dare to, fu già abolita da Adriano (26). Se una locazione finita con- itamente, *relocatio tacita*, si ritengono in tal caso le condi- primo affitto (27), colla semplice modificazione che i garanti più responsabili (28), e che non si applica più il primo ter- a locazione, giacchè, se anticipatamente non si sia nulla con- er tal caso, la colonia dee sempre durare un anno, e la loca- una casa per contrario (il che è da estendersi eziandio ad o- affitto) può in ogni tempo da ciascuna parte farsi cessare (29).

13. § 10. L. 30. pr. L. 35. pr. D. *eod.* L. 3. C. cit.
24. § 4. L. 60. pr. D. *eod.*
14. L. 15. D. *de V. O.* (45. 1.)
60. § 4. D. *locati* (19. 2.)
25. § 2. L. 27. pr. L. 60. pr. D. *eod.*
13. § 7. L. 27. § 1. D. *eod.*
9. § 1. L. 20. § 2. L. 21. D. *eod.*
13. § 10. 11. L. 14. D. *eod.*
11. L. 32. C. *eod.* (4. 65.)
4. L. 5. C. *de locat. praed. civil.* (11. 71.)
3. § 6. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 9. § 1. D. *de publican.* (39. 4.).
Paolo nella L. 11. § 5. D. *eod.* parla tuttora di quell' uso come dritto

13. § 11. L. 14. D. *locati* (19. 2.) L. 16. C. *eod.* (4. 65.)
13. § 11. D. *eod.* L. 7. C. *eod.*
13. § 11. D. *eod.*

3) Contratto di società.

§ 262. La convenzione di più persone di conseguire uno scopo comune riunendo insieme i loro mezzi, che addomandasi contratto di società, *societas*, differisce dai rimanenti contratti in ciò che tutti quanti i socii, il cui numero non è limitato, stanno scambievolmente fra loro in una medesima relazione di creditori e debitori, dal che dipende che tutti hanno una sola e medesima azione l'*actio pro socio*, che ciascun socio può promuovere contro ciascun socio (1), e che però appellasi azione diretta da ambi i lati (2). Siccome la società, per la quale principalmente, e molto prima che per gli altri contratti fu riconosciuta come direttamente obbligatoria la convenzione conchiusa mediante un procuratore (3) appartiene agli antichi contratti consensuali presi dal *jus gentium* (4), così non richiede alcuna formalità, (5) ma può anche contrarsi tacitamente *re* mediante il dare e il ricevere un conferimento (6). Con gran maraviglia si contrastò molto sulla quistione se potessero aggiungervisi condizioni sospensive, finchè Giustiniano non l'ebbe espressamente permesso (7). Ma è essenziale la comunione tanto dello scopo quanto dei mezzi, e però allorchè si è patturito che alcuno debba solo contribuire ai mezzi, ovvero solo partecipare allo scopo senza conferir nulla, questi non si vuol tenere come socio (8), sebbene una tal convenzione chiamata per ischerno società leonina *societas leonina* (9) possa sussistere come donazione da parte, o a favore degli altri partecipanti, in quanto siasi avuta intenzione di fare una liberalità (10). Per contrario è

(1) L. 31. L. 32. D. *pro socio* (17. 2.)

(2) § 2. J. *de poena temere litig.* (4. 16.): « *actio pro socio, quae ab utraque parte directa est.* »

(3) L. 84. D. *pro socio* (17. 2.) V. sopra § 251. Nota 29. Probabilmente questa singolarità, che per verità è soltanto storicamente importante, sta in connessione con le *societates publicanorum* che aveano si grande importanza.

(4) L. 7. pr. § 1. D. *de pactis* (2. 14.). Non vi è alcuna ragione di dover ammettere un Editto pretorio sulla società. Nulla dimostra che i testi nel tit. D. *pro socio* (17. 2.) siene presi dalle opere sull'Editto, imperocchè i libri *ad Edictum* si estendevano anche a materie di puro dritto civile.

(5) § pn. J. *de consensu obl.* (3. 22.) L. 19. D. *pro socio* (17. 2.)

(6) L. 4. pr. D. *eod.*

(7) L. 6. C. *eod.* (4. 37.)

(8) L. 5. § 2. L. 29. § 2. L. 30. D. *eod.*

(9) L. 29. § 2. D. *eod.*

(10) Non si oppongono le L. 5. § 2. D. *eod.* L. 16. § 1. D. *de minor.* (4. 4.) L.

messa l'ineguaglianza e la diversità dei conferimenti (11); del pari ondo la teorica posteriormente ammessa sull'autorità di Servio Sul-o può stabilirsi per patto una porzione disuguale degli utili (12) indifferente in che cosa questi utili consistano, purchè non con-gano nulla d'illecito (13). Ordinariamente la società cade sull' ac-to, sul guadagno societas quaestuaria, ma può anche avere altri i, societas non quaestuaria, ai quali si può riferire anche l'associa-e per l'uso comune di una cosa *societas quoad usum* (14). Per erto alla estensione la società si divide in società universale *socie-universorum bonorum*, la quale comprende tutt' i mezzi e ragioni cquiste dei socii, ed in società particolare *societas quorumdam bo-s. certarum rerum*, la quale si estende soltanto a certi mez-5). Allorchè quest' ultima si suddivide in società generale e spe-, per la prima s' intende la *societas quaestus*, nella quale dee ri-e in comune almeno tutto ciò, che i soci guadagnano con la loro stria (16), e per la seconda, la *societas unius rei* s. *negotii* nella qua-tra soltanto ciò che i soci guadagnano con alcuni mezzi e conferi-ti specialmente determinati (17).

Nella società universale diviene comune non solamente tutto ciò soci posseggono al tempo della conchiusione del contratto (18), mestieri che le cose sieno consegnate (19), mentre al contrario diti debbono esser primamente ceduti (20), ma eziandio tutto ciò

21. D. *de donat. inter V. et U.* (24. 1.) L. 35. § 5. D. *de mort. causa don.* 3.), le quali negano soltanto che una donazione di tal fatta faccia nascere un rap-di società.

) L. 5. § 1. L 29. pr. § 1. L. 52. § 2. L. 58. pr. L. 80. D. *pro socio* (17. 2.) C. *eod.* (4. 37.)

) Caj. III. 149. 150.; § 1. 2. J. *de societate* (3. 25.) L. 29. § 1. L. 30. D. *eod.*

) L. 57. L. 53. L. 52. § 17. D. *eod.* L. 1. § 14. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 5. D. *de fidejussor.* (46. 1.)

) L. 52. § 13. D. *pro socio* (17. 2.)

) Caj. III. 148.; pr. J. *de societate* (3. 25.) L. 1. § 1. L. 2. L. 3. L. 5. pr. § 52. § 2. 4-8. 10-18. L. 53. L. 63. pr. L. 65. pr. L. 73. D. *eod.* L. 16. D. *de* (42. 1.)

) L. 7-13. L. 71. § 1. D. *pro socio* (17. 2.) L. 45. § 2. D. *de adq. her.* (29. 2.)

) Pr. J. *de societ.* (3. 25.) L. 52. § 2. 4-8. L. 58. pr. L. 63. pr. L. 65. pr. L. *pro socio* (17. 2.). Il più stretto caso che qui si riferisca è la società per una so-apresa.

) L. 1. § 1. L. 52. § 16. L. 67. § 1. D. *eod.* L. 4. C. *commun. utriusque jud.* .)

) L. 2. D. *eod.*

) L. 3. pr. D. *eod.*

che posteriormente in qualunque modo si acquisti, eccetto soltanto quello che si acquisti in un modo illecito (22). Intanto sulle cose acquistate di poi non nasce la comproprietà se non per mezzo della tradizione (23), ma se questa interviene si acquistano per essa anche le cose procurate in una guisa illecita, giacchè i socii non possono per certo richiedere di partecipare degli acquisti illeciti, ma possono benissimo ritenere ciò che hanno ricevuto (24). Or poichè qui l' individuo non ha alcun patrimonio separato, ne segue che egli possa prendere dalla massa comune tutto ciò che gli fa mestieri per sè e pei suoi, e per l'adempimento delle sue obbligazioni (25), e se non siavi una speciale convenzione, non si ha riguardo che uno abbia preso più di un altro (26). Soltanto, se alcuno abbia pagato qualche cosa per azioni illecite, gli altri nella divisione potranno imputare nella sua parte ciò che avrà preso, eccetto allorchè sia stato ingiustamente condannato al pagamento, o gli altri scientemente abbiano accettato il guadagno prodotto dal suo fatto (27); di più niuno può validamente alienare al di là della porzione che gli spetta (28). La divisione qui non ha luogo se non dopo lo scioglimento della società.

2.° Per contrario nelle società particolari, nelle quali la divisione del guadagno può aver luogo anche durante la società, non cade in comunione se non quello che si acquista coi mezzi comuni (29), per la qual ragione anche nella *societas quaestus* le donazioni, le eredità, i legati, e somiglianti acquisti non ottenuti mediante l' industria o il lavoro rimangono esclusi dalla società (30). Conseguentemente a ciò ciascuno in particolare non ha dritto che alla sua parte (31), senza che gli altri abbiano ad aver riguardo a' suoi bisogni o a' suoi debiti (32). Con queste differenze principali della società universale, e particolare stanno anche in connessione alcune differenze secondarie (33), le quali

(21) L. 3. § 1. L. 52. § 16. L. 67. § 1. L. 73. D. *eod.*
(22) L. 52. § 17. L. 53. D. *eod.*
(23) L. 74. D. *eod.*
(24) L. 53-56. D. *eod.*
(25) L. 39. § 3. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 73. D. *pro socio* (17. 2.)
(26) L. 5. § 1. L. 73. D. *eod.*
(27) L. 52. § 18. L. 55. L. 56. L. 59. § 1. D. *eod.*
(28) L. 68. pr. D. *eod.*
(29) L. 3. § 2. L. 52. § 5. 6. L. 60. § 1. L. 67. § 1. D. *pro socio* (17. 2.) L. 3. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.)
(30) L. 7-13. L. 71. § 1. D. *pro socio* (17.2.) L. 45. § 2. D. *de adq. her.* (29. 2)
(31) L. 68. pr. D. *pro socio* (17. 2.)
(32) L. 12. L. 82. D. *pro socio* (17. 2.) L. 39. § 3. D. *fam. herc.* (10. 2.)
(33) V. Nota 103-106.

convenientemente appariscono dai principii generali che si pos- ridurre alla seguente enumerazione. A. l'actio pro socio risultan- dalla società può riguardare anche i diritti risultanti da diverse so- tra le medesime persone (34). Essa è di buona fede (35), e nel po stesso infamante, allorchè il convenuto vien convinto di dolo o colpa grave (36), ma il medesimo gode anche dall' altro canto del eficio della competenza (37), presupposto che non siasi renduto evole di dolo (38), e non abbia negata la società (39). Nell'Editto Pretore questo favore fu per verità introdotto solo pei socii uni- sali (40), ma secondo l'opinione di Masurio Sabino fu esteso ezian- ai socii particolari (41). Le obbligazioni poi che si possono far va- coll' *actio pro socio* sono: 1) la prestazione del conferimento pro- so (42), che nel dubbio è eguale per tutti (43); 2) la ripartizione di gli acquisti appartenenti alla società, allorchè il convenuto gli ha sue mani (44), e qui per le somme di danaro si hanno a pagare ressi non solo nel caso di mora, ma anche per cagione dell' impiego ne a proprio vantaggio (45); 3) il rimborso de'pagamenti e delle e, che l'attore abbia fatte per la società (46), insieme con gl'interessi momento dell'impiego in poi (47), e questi nella misura più alta che permessa, allorchè il pagamento fu fatto per la riparazione di un e-

4) L. 52. § 14. D. *pro socio* (17. 2.)
5) L. 45. L. 52. § 1. L. 78. L. 79. D. *eod.* § 28. J. *de act.* (4. 6.)
6) L. 1. D. *de his qui not. infam.* (3. 2.) § 2. J. *de poena tem. lit.* (4. 16.); pro Rosc. Com. c. 6. pro Rosc. Amer. c. 40.
7) § 38. J. *de act.* (4. 6.) L. 63. pr. § 1-6. L. 67. § 3. D. *pro socio* (17. 2.) 6. L. 22. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.)
8) L. 63. pr. L. 68. § 1. D. *pro socio* (17. 2.) L. 22. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.)
9) L. 67. § 3. D. *pro socio* (17. 2.) L. 22. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.)
0) L. 16. D. *eod.*
1) L. 63. pr. D. *pro socio* (17. 2.). Intorno agli altri tentativi di conciliare la con- zione apparente tra questo passo e la L. 16. D. cit. veggasi *Gluck* Sistema delle . vol. XV. § 967. e Arch. per la prat. civ. vol. II. n. 21. 22. 23.
2) L. 32. L. 52. § 8. L. 69. D. *eod.*
3) L. 29. pr. D. *eod.*
4) L. 38. § 1. L. 43. L. 44. L. 45. L. 52. pr. § 8-13. L. 65. § 14. 15. L. 74. *od.*
5) L. 60. pr. D. *eod.* L. 1. § 1. D. *de usur.* (22. 1.). Se il socio ha per suo pro- dato il danaro ad interesse non è tenuto a restituire gl'interessi ricevuti, giacchè e- medesimo è tenuto pagare per questo gl'interessi L. 67. § 1. D. *pro socio* (17. 2.)
6) L. 38. § 1. L. 52. § 10. 12. 15. L. 67. pr. § 2. D. *eod.* L. 14. D. *de inst.* (14. 13.)
7) L. 52. § 10. L. 67. § 2. D. *pro socio* (17. 2.)

dificio, nel qual caso oltre a ciò, secondo un Senatoconsulto sotto Marco Aurelio, colui che ha fatta l'anticipazione si può appropriare l'edificio, se non sia rimborsato tra quattro mesi (48); 4) i risarcimenti per le perdite, che l'attore senza sua colpa ha patite per gli affari della società (49), e 5) il ristoro dei danni cagionati dal convenuto (50), nel qual rapporto un socio è risponsabile anche per le omissioni dannose (51), ed in generale per ogni colpa (52); e per conseguenza è tenuto eziandio alla *custodia* (53). Nondimeno per le lievi negligenze egli può liberarsi della responsabilità provando di non essere un diligente padre di famiglia, giacchè non è tenuto se non alla *diligentia quam in suis rebus* (54), eccetto che il suo conferimento non consista precisamente in prestazione di opere, *artes operae*, per la società (55). La circostanza che il colpevole abbia giovato in altra guisa alla società, non lo libera dall'obbligo di riparare il danno (56). B. secondo la regola che le convenzioni obbligano soltanto i contraenti, anche la società non esiste che per coloro che vi han preso parte, e però 1) le convenzioni, i delitti, ed altri atti di un socio costituiscono dei rapporti di obbligazione coi terzi soltanto per lui medesimo, e non già per i suoi socii (57), se pure il caso non sia tale che la regola *obligatio tertio non acquiritur* debba patire eccezione, anche astraendo dalla società (58), e 2) allorchè i socii contraggono in comune sia in persona sia per mezzo di procuratore, si applicano (59) i principii ordinarii sulle convenzioni comuni (60). Sono intanto delle eccezioni particolari, che un debitore possa

(48) L. 52. § 10. D. *eod.* L. 4. C. *de aedif. priv.* (8. 10.)

(49) L. 52. § 4. L. 60. § 1. L. 61. L. 63. § 5. L. 67. pr. D. *pro socio* (17. 2.)

(50) L. 39. L. 41. L. 42. L. 45. L. 47. pr. L. 48-51. L. 59. § 1. D. *eod.*

(51) L. 52. § 11. D. *eod.*

(52) L. 5. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.)

(53) L. 52. § 3. D. *pro socio* (17. 2.)

(54) § 9. J. *de societate* (3. 25.) L. 72. D. *eod.*

(55) L. 52. § 2. D. *eod.* L'eccezione contenuta anche in questo passo « *si rei communi socius nocuit* » si rapporta soltanto all' *actio legis Aquiliae* L. 47. § 1. D. *eod.* L. 10. pr. D. *comm. div.* (10. 3.)

(56) L. 23. § 1. L. 25. L. 26. D. *pro socio* (17, 2.)

(57) L. 19-23 L. 27. L. 28. L. 63. § 3. L. 67. § 1. 2. D. *eod.* L. 47. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.)

(58) V. sopra § 250. e 251. Un mandato conferito per contrattare a nome della società più ordinariamente qui dà luogo ad una eccezione L. 14. D. *de pact.* (2. 14.)

(59) V. sopra § 247.

(60) L. 1. § 25. L. 2. L. 3. L. 4. pr. D. *de exerc. act.* (14. 1.) L. 13. § 2. L. 14. D. *de inst. act.* (14. 3.) L. 44. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 11. § 1. D. *de dol.*

opporre in compensazione al creditore i crediti del suo socio (61), che gli *argentarii* i quali stanno in società, per tutte le obbligazioni che risultano dal loro negozio, son tenuti come *correi* (62), che per le obbligazioni correali di socii, un compromesso, che uno conchiude è operativo per tutti (63), ed un *pactum de non petendo* per lo meno giova anche agli altri (64), sebbene non si possa loro opporre (65), e che i mercanti di bestiame come soci sono tutti insieme responsabili pei vizii e difetti dell'animale, che uno di essi abbia venduto (66). Per contrario non ha luogo alcun'eccezione allorchè un socio mediante una sua convenzione ha disposto delle cose sociali, il che non da agli altri che un credito contro di lui (67), o allorchè l'acquisto provenuto dalla convenzione o dal delitto di un socio è tornato a vantaggio della società, nel qual caso solo quel socio può fondare su di ciò delle pretensioni contro i suoi compagni, ma il terzo, dal quale l'acquisto è venuto, non può rivolgersi che contro di lui (68). C. La società si estingue: 1) pel conseguimento del suo scopo, allorchè fu contratta per una determinata impresa (69), 2) per la perdita fisica o giuridica del suo oggetto (70); 3) pel sopravvenire di condizioni risolutive, o d'un termine finale (71); 4) per lo scioglimento volontario (72); 5) per la rinunzia (73), che ciascun socio ha facoltà di fare, quantunque siasi conchiusa una società perpetua (74), e per siffatta rinuncia il socio non si libera da

reis (45. 2.) L. 9. C. *si certum pet.* (4. 2.) L. 2. C. *de duob. reis* (8. 40.) La L. 62. pr. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) non contiene una vera eccezione.

(61) L. 11. D. *de duob. reis.* (45. 2.)

(62) L. 9. pr. L. 25. pr. L. 27. pr. D. *de pact.* (2. 14.); Cic. ad Herenn. II. 13.

(63) L. 34. pr. D. *de recept.* (4. 8.)

(64) L. 21. § 5. L. 25. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 3. § 3. D. *de liber. leg.* (34. 3.) L. 9. § 1. D. *de duob. reis* (45. 2.). Per rispetto agli *argentarii socii* Cic. ad Herenn. II. 13. dice il contrario.

(65) L. 27. pr. D. *de pactis* (2. 14.)

(66) L. 44. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(67) L. 67. pr. § 1. D. *pro socio* (17. 2.)

(68) L. 53-56. L. 67. pr. § 2. L. 82. D. *eod.* Quest' ultimo passo viene ordinariamente allegato in senso contrario, ma senza una sufficiente ragione.

(69) § 6. J. *eod.* L. 65. § 10. D. *eod.*

(70) L. 58. pr. L. 63. § 10. D. *eod.*

(71) L. 1. pr. L. 65. § 6. D. *eod.*

(72) L. 63. § 10. L. 64. L. 65. § 3. D. *eod.* L. 57. D. *de pact.* (2. 14.) § 4. J. *ib. mod. toll. obl.* (3. 29.)

(73) § 4. J. *eod.* L. 4. § 1. L. 63. § 10. L. 65. pr. § 3-8. D. *pro socio* (17. 2.) 7. C. *eod.*

(74) L. 14. L. 70. D. *eod.*

qualunque responsabilità, se non quando fu indotto pe
dere il contratto (75), ovvero quando la rinunzia a
gione che gli altri non abbiano adempite le loro obb
perchè il rinunziante contro sua volontà debba anda
affari dello Stato (77), o perchè senza sua colpa si
dover rinunziare (78), ma in tutt'altro caso son da f
stinzioni: a) cioè se gli altri per la rinuncia fatta [illegible]
tuno soffrono un danno, ne è dovuto loro il risarcimen
socio rinunzia dolosamente per fare egli solo un ac
dagno, egli dee ciò non ostante farne parte agli altri
solo i danni e le spese dell'acquisto (80). c) Quando
no assenti vale il medesimo per rapporto agli acqui
ziante ha fatti prima che gli altri avesser notizia del
d) Se la società fu contratta per un tempo determin
che non giunga il termine, si estinguono per la rinu
dritti, ma non già anche le obbligazioni del rinunzian
morte di una delle parti (83), quando non siasi con
cietà debba continuare fra i superstiti (84); ma al con
anticipatamente stabilire che la società passi negli ere
eccetto nelle società fatte per prendere a colonia fond
nondimeno i dritti e le obbligazioni sociali del morto
verificate, continuano per gli eredi (87), questi posso
a termine gli affari cominciati dal morto (88), e pos
ancora a tutto ciò che fu eseguito prima che si fos

(75) L. 3. § 3. D. *eod.* L. 16. § 1. D. *de minor.* (4. 4.)
(76) L. 14. L. 15. D. *pro socio* (17. 2.)
(77) L. 16. pr. D. *eod.*
(78) L 65. § 6. D. *eod.*
(79) L. 14. L. 17. § 2. L. 65. § 5. D. *eod.*
(80) L. 65. § 3. 4. D. *eod.* § 4. J. *eod.*; Caj. III. 151.
(81) L. 17. § 1. D. *eod.*
(82) L 65. § 6. D. *eod.*
(83) § 5. J. *eod.* L. 4. § 1. L. 52. § 9. L. 63. L. 63. § 10. L
Caj. III. 152.
(84) § 5. J. *eod.* L. 65. § 9. D. *eod.*
(85) L. 35. L. 37. L. 52. § 9. L. 59. pr. L. 65. § 9. 11. D. *e*
(86) L. 59 pr. L. 63. § 8. D. *eod.*
(87) L. 35. L. 36. L. 63. § 2. 8. L. 65. § 2. 9 D. *eod.* L. 3
no l' *actio pro socio* contro gli eredi perde la sua natura infamante
his qui not. infam. (3. 2.)
(88) L. 40. D. *pro socio* (17. 2.)

orte (89). 7) Per la morte civile di un socio, cioè per la *capi-*
minutio maxima, e *media* (90), ma non già anche per la *capitis*
utio minima (91). 8) Per la confisca dell' intero patrimonio di
io (92). 9) Per un concorso di creditori contro un socio, se gli
on consentano a continuare nella società, nel qual caso però si
come conchiusa una novella società (93). D. Nella divisione tra
94), la quale, allorchè vi si è stabilito un tempo, non può esser
ndata prima (95), e per l'esecuzione della quale non si deve in-
e *l' actio pro socio* ma sibbene *l' actio communi dividundo* (96),
ncanza di speciali convenzioni (97), ciascuno ha dritto ad una por-
eguale (98), nella presupposizione che i conferimenti non siano
zzati per un valore disuguale, nel qual caso a ciascuno non compete
a porzione corrispondente a ciò che ha conferito (99). Che se si
semplicemente il guadagno di una società particolare, allora si
novere dal principio che il guadagno consiste solo in ciò che rima-
l' acquisto, dopo fatta la deduzione delle spese e dei danni (100),
re alcuno non se gli abbia in tutto o in parte addossati (101).
al contrario si divide tutto, allora devesi in prima prelevar l'am-
ire dei debiti, o prestar sicurezza per la loro soddisfazione a co-
he vi son tenuti (102). Di ciò che rimane, nella società univer-
ciascuno ottiene una parte eguale (103), colla sola modificazione,
lebba mettersi a conto di ciascuno in particolare ciò che egli per
i illecite abbia consumato (104), e che ad un socio ammogliato
'esser rimborsata la dote recata da sua moglie, allorchè questa

) L. 65. § 10. D. *eod.*
) Caj. III. 153.; L. 4. § 1. L. 63. § 10, D. *eod.*
) L. 58. § 2. L. 65. § 11. D. *eod.*
) § 7. J. *eod.* L. 65. § 12. D. *eod.*
) Caj. III. 154.: § 8. J. *eod.* L. 4. § 1. L. 65. § 1. D. *eod.*
) *Ph. J. Mayr* diss. de divisione bonorum societatis. Landsh. 1825. 8.
) L. 14. L. 16. § 1. D. *eod.*
6) L. 1. D. *communi div.* (10. 3.) L. 31. L. 32. L. 43. D. *pro socio* (17. 2.)
7) § 1. 2. J. *eod.* L. 29. § 1. D. *eod.*
8) L. 5. § 1. L. 29. pr. D. *eod.* § 3. J. *eod.* L. 3. C. *eod.*
9) L. 6. L. 29. pr. L. 58. pr. L. 76-80. *eod.* Qui non si prende in considerazione
posizione singolare della L. 15. § 18. L. 40. § 4. D. *de damno inf.* (39. 2.)
00) L. 30. L. 52. § 4. L. 58. § 1. L. 67. pr. D. *pro socio* (17. 2.) § 2. J. *eod.*
01) § 1-3. J. *eod.* L. 29. § 1. L. 30. L. 69. D. *eod.*
02) L. 27. L. 28. D. *eod.*
03) L. 5. § 1. L. 73. D. *eod.*
04) V. sopra Nota 27.

non dee rimanere a lui per sempre (105). Ma nella so coloro che hanno conferito denaro o cose, riprendono anche i loro capitali, cosicchè solo il residuo viene a

4) *Del mandato e della procura.*

§ 263. Finalmente agli antichi contratti consensual soggetti a formalità, appartiene eziandio la convenzio ni chiamano *mandatum* (1), per la quale non v' ha an tedesco che vi corrisponda (2). Questo è quel contratto quale alcuno gratuitamente assume la cura di certi ne un altro gli dà commissione e facoltà (3); quest' ultim *dans s. mandator*, e l'altro per contrario appellasi *ma curator*, e negli affari giudiziarii anche *cognitor*, allor venuto personalmente con lui innanzi al Magistrato commissione a voce lo dichiara suo rappresentante (4 riguarda solamente alcuni affari individualmente deter si *mandatum speciale* s. *unius rei*, se riguarda un i di affari, vien detto *mandatum generale* (5). Il più am quello che ha il *procurator omnium bonorum*, al qual sa l'amministrazione di un intero patrimonio (6). So di mandato particolarmente distinte il *mandatum in* cessione (7), ed il così detto *mandatum qualificatum*

(105) L. 65. § 16. L. 66. D. *eod.*

(106) § 2. J. *eod.* L. 52. § 7. D. *eod.*; *Mayr* l. c. § 12. *seg.* Se coloro che avrebbero fatto un conferimento sarebbero in una condizi to a coloro che avessero conferita solamente l'opera, essendochè co che han conferito, vale a dire essi possono nuovamente disporre della

(1) § un. J. *de obl. quae ex cons.* (3. 22.) L. 1. pr. § 1. 2. L. *mandati* (17. 1.) L. 60. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 6. C. *mandati*

(2) Le espressioni ora usate non danno perfettamente l'idea del na di esse non indica che un lato solo del medesimo.

(3) L. 1. § 4. L. 2. D. *eod.* pr. § 1-6. *J. eod.* (3. 26.)

(4) Caj. IV. 83. 84.; Paul. S. R. I. 3. e 4.; Fragm. Vat. § *Cognitor*; L. 1. pr. D. *de procur.* (3. 3.)

(5) L. 12. L. 13. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 1. § 1. L. 60. D 3.) L. 12. § 7. D. *mandati* (17. 2.) L. 10. C. *eod.* (2. 13.) § *tut.* (5. 31.)

(6) L. 12. D. *de pact.* (2. 14.) L. 1. § 1. L. 58-60. L. 63. D. L. 17. § 3. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 12. pr. D. *de solut.* (46. *pro socio* (17. 2.) L. 6. § 6. L. 60. § 4. D. *mandati* (17. 1.)

(7) V. sopra § 69.

(8) V. appresso § 270.

essario che non sia convenuta alcuna mercede (9), sebbene possa
ettersi un onorario (10), e che il mandato non tenda a nulla d'ille-
d immorale (11). Ma è indifferente se il medesimo abbia per ogget-
gozii ed affari proprii del commettente o di altri (12). Anche per
comuni si può validamente dare un mandato ad uno degl' inte-
ti (13), ma per gli affari del solo mandatario non si può costituire
ro mandato; allora il mandato si ritiene come un semplice consi-
14), salvo se il mandatario per esso siasi determinato a far qual-
osa per lui dannosa, nel qual caso si considera come se il man-
si avesse addossato il rischio (15). Se il mandatario ha operato
rmemente al mandato, il mandante non solamente dee rispetto a
conoscere l' operato, ma secondo il nuovo dritto per regola an-
ispetto ai terzi dee lasciar valere come suo proprio fatto ciò che
i ha operato (16). Nondimeno in quanto al *procurator omnium*
rum è anche da vedere se il medesimo sia stato costituito *cum*, o
libera administratione, giacchè il *procurator cum libera* egual-
e che un tutore, sotto la responsabilità per tutt' i danni, può li-
nente disporre come un proprietario (17), colla sola limitazione,
egli non può dar nulla gratuitamente (18), non può far transazio-
9), nè domandare alcuna restituzione (20), mentre al contrario

L. 1. § 4. L. 6. § 7. L. 36. § 1. D. *eod.* § 13. J. *eod.*; Caj. III. 162.
) L. 6. pr. L. 7. L. 10. § 9. L. 56. § 3. D. *eod.* L. 1. L. 17. C. *eod.* (4. 35.)
) § 7. J. *eod.* L. 6. § 3. L. 12. § 11. L. 22. § 6. D. *eod.*; Caj. III. 157. Ma
pporto ai terzi si fa conto del mandato illecito, imperocchè il mandante si ritiene
autore morale del delitto commesso per sua commissione V. sopra § 251. Nota 1.
) Pr. § 1-5. J. *eod.* L. 2. pr. § 1-3. L. 6. § 4. L. 9. § 3. D. *eod.* L. 21. §
28. D. *de negot. gest.* (3. 5.); Caj. III. 155.
) § 2. J. *mandati* (3. 26.) L. 2. § 4. 5. L. 8. § 4. D. *eod.*
) L. 2. pr. § 6. D. *eod.* § 6. J. *eod.* Caj. III. 156.
) L. 6. § 5. L. 16. L. 22. § 4. L. 32. L. 45. § 2. D. *eod.* § 6. J. *eod.*
) V. § 166. Nota 13. § 197. Nota 4. 5. § 251.
) § 43. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 12. D. *de pact.* (2. 13.) L. 58. L. 59. D. *de*
r. (3. 3.) L. 11. § 7. L. 12. L. 18. § 4. L. 19. D. *de pign. act.* (13. 7.) L.
4. D. *mandati* (17. 1.) L. 65. § 7. D. *pro socio* (17. 2.) L. 10. C. *quod cum*
26.) L. 16. C. *de procur.* (2. 13.). Il *mandatum cum libera* naturalmente non
ende anche gli affari che non riguardano il patrimonio L. 40. pr. D. *de procur.*
)
) L. 7. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) Confr. § 144. Nota 3.
) L. 60. D. *de procur.* (3. 3.). Nondimeno egli può deferire un giuramento L.
3. D. *de jurejur.* (12. 2.), sebbene questa delazione si ritenga come una specie di
zione L. 2. D. *eod.*
) L. 25. § 1. D. *de minor.* (4. 4.)

un *procurator sine libera* non è autorizzato se non a ciò, che la conservazione e l'ordinaria amministrazione del patrimonio essenzialmente richiede (21). Ma quando un mandatario ha agito oltre o contro il suo mandato *praeter vel contra*, il mandante non è tenuto a riconoscere ciò che egli ha operato (22), tranne se in tal modo si fosse egualmente raggiunto lo scopo del mandato (23), ovvero il mandante avesse già approvato il procedere del mandatario, il che ha il medesimo effetto che se innanzi se ne fosse data la commissione (24). Pel contratto di mandato il mandatario è obbligato 1) a compiere gli affari intrapresi o a rimborsare al mandante i danni interessi, allorchè egli o ha tralasciato di compierli (25), o li ha eseguiti in una guisa che il mandante non debba nè voglia riconoscerli (26), presupposto che costui dimostri un effettivo interesse (27); 2) a rendere il conto della sua amministrazione, ed a consegnare tutto ciò che per essa è pervenuto nelle sue mani, insieme coi frutti ed altri utili (28), segnatamente a cedere ancora i crediti acquistati in conformità del mandato (29); 3) a pagare gl' interessi secondo il corso del paese, allorchè ha impiegato il denaro del mandante a suo proprio profitto (30), 4) ed a dare un risarcimento per ogni colpa, che secondo le circostanze non sia scusabile: imperocchè un mandatario, sebbene agisca per compiacenza ed officiosità, pure è tenuto alla massima diligenza, come quegli che volontariamente si ha assunta la cura di affari altrui (31). Per l'adempimento

(21) L. 63. D. *de procur.* (3. 3.) L. 20. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) L. 87. D. *de solut.* (46. 3.) L. 10. C. *quod cum eo* (4. 26.)

(22) § 8. J. *mandati* (3. 26.) L. 13. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 49. D. *de procur.* (3. 3.) L. 3-5. L. 36. § 2. L. 41. L. 46. D. *mandati* (17. 1.) L. 10. C. *de procur.* (2. 13.) L. 12. C. *mandati* (4. 35.)

(23) L. 45. § 4. L. 46. D. *eod.*

(24) L. 12. § 4. D. *de solut.* (46. 3.) L. 60. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 25. C. *de donat. inter. V. et U.* (5. 16.) L. 7. pr. C. *ad Sct. Maced.* (4. 28.) L. 12. C. *mandati* (4. 35.) L. 10. § 10. D. *eod.*

(25) L. 5. § 1. L. 6. § 1. L. 8. § 2. 4. 10. L. 22. § 11. L. 27. § 2. D. *mandati* (17. 1.) L. 5. L. 16. C. *eod.* (4. 35.) § 11. J. *eod.*

(26) § 8. J. *eod.* L. 3. § 1. L. 4. L. 41. L. 46. L. 62. § 1. D. *eod.*

(27) L. 8. § 6. D. *eod.* L. 28. D. *de negot. gest.* (3. 5.)

(28) L. 8. pr. § 9. 10. L. 10. § 2. 3. 8. 9. L. 17. L. 20. pr. L. 44. L. 55. D. *mandati* (17. 1.)

(29) L. 8. § 5. 10. L. 10. § 6. L. 43. L. 45. pr. § 1. 5. L. 59. D. *eod.* L. 49. § 2. D. *de adq. poss.* (41. 2.); Caj. III. 111.

(30) L. 10. § 3. L. 12. § 10. D. *mandati* (17. 1.)

(31) L. 21. L. 13. L. 11. L. 9. C. *eod.* L. 8. § 1. 8. 9. 10. L. 10. pr. § 1. 12. L. 29. L. 31. L. 41. L. 42. L. 44. D. *eod.*

utte siffatte obbligazioni il mandante ha *l'actio mandati directa* (32), ne di buona fede (33), la quale reca infamia al convenuto pel dolo er la colpa grave (34). Se són più mandatari, son tutti solidalmente onsabili (35). E lo stesso dall'altro lato è da dirsi di più mandan-36). Certamente il mandatario immediatamente non ha nulla da dere; ma dal compimento del mandato possono risultare per lui crediti, a far valere i quali gli compete allora *l'actio mandati con-ria* (37), la quale è parimente di buona fede (38), ma non già in-ante (39), e dipende dalla condizione che il mandante riconosca l'o-ato, o debba riconoscerlo come conforme al mandato (40). L'ogget-rincipale di siffatte pretensioni da parte del mandatario sono: 1) nborso delle spese necessarie ed utili (41), se pure non sia stato ilito un onorario appunto per queste spese (42), al che si debbo-ggiungere anche gl' interessi dal momento in cui le spese furon e (43); ma se furono oltrepassati i limiti del mandato, questo rim-o non ha luogo che fino all'ammontare che in esso era definito (44); liberazione dagli obblighi assunti per effetto del mandato (45), salvo chè il mandato avea precisamente lo scopo che si assumessero pel dante siffatte obbligazioni (46), e 3) il ristoro dei danni sofferti nel-

2) L. 6. § 1-6. L. 8. § 3. D. *de const. pec.* (13. 5.)
3) § 28. J. *de act.* (4. 6.) L. 10. pr. L. 29. § 4. D. *mandati* (17. 1.)
4) Cic. pro Rosc. Amer. c. 38. L. 1. L. 6. § 6. D. *de his qui not. infam.* (3. 2.)
1. C. *mandati* (4. 35.) § 2. J. *de poena tem. lit.* (4. 16.)
5) L. 60. § 2. D. *mandati* (17. 1.)
6) L. 5. § 1. D. *quod jussu* (15. 4.) L. 21. L. 59. § 3. D. *mandati* (17. 1.)
7) L. 3. § 1. 2. L. 4. L. 8. § 4. L. 12. § 7. 8. 9. L. 14. pr. L. 19. L. 21. L.
1. D. *mandati* (17. 1.)
8) § 28. J. *de act.* (4. 6.)
9) § 2. J. *de poen. tem. lit.* (4. 16.) L. 1. D. *de his qui not. infam.* (3. 2.)
0) L. 10. § 10. L. 41. D. *mandati* (17. 1.)
1) L. 8. § 4. L. 10. § 9. L. 12. § 9. L. 24. § 4. L. 26. § 2-5. L. 27. pr. § 5.
5. § 4. 6. L. 48. L. 56. § 4. D. *eod.* L. 1. L. 2. L. 4. L. 20. § 1. C. *eod.* Per *pensae voluptuariae*, di cui non si è data speciale commissione, o che non si sono vate, ha luogo soltanto un *jus tollendi* L. 10. § 10. D. *eod.* Ma se una spesa ne-ria sia stata da altri donata al mandatario, ciò si assomiglia ad una vera spesa L. 10. L. 12. pr. § 1. L. 26. § 3. D. *eod.*
2) L. 10. § 9. D. *eod.* L. 20. § 1. C. *eod.*
3) L. 12. § 9. D. *eod.* L. 1. L. 18. C. *eod.*
4) § 8. J. *eod.* L. 3. § 2. L. 4. L. 22. pr. § 1. L. 33. D. *eod.*; Caj. III. 161. I iani in ciò erano di altra opinione, e non volevano ammettere l'azione, ma prevalse nione dei Proculiani.
5) L. 45. pr. § 2-5. D. *eod.*
6) L. 45. § 1. D. *eod.* L. 10. C. *eod.*

l'esecuzione del mandato, purchè questi non provengan
mento fortuito, o da propria colpa del mandatario, ma
da una colpa da parte del mandante (47). Pel pagament
non si dà *l'actio mandati contraria*, ma invece ha luog
via cognitio praetoris, e ciò soltanto allorchè se n'è fa
mata promessa (48). Il mandato cessa 1) pel compimen
pel sopravvenire di condizioni risolutive o termini fi
consenso delle due parti (50); 4) per la rivoca del ma
quale si può fare anche tacitamente per via di fatti (52)
mente effetto su quel che già si è operato (53), ma ren
ciò che siasi fatto di poi (54), colla sola eccezione che i
non hanno avuto notizia della rivoca del mandato a riceve
restano liberati pel pagamento fatto al mandatario (55
rio, il quale abbia compiuto la commissione pria che s
tizia della rivoca, conserva il suo regresso contro il
5) per la rinunzia da parte del mandatario, il quale no
suo rifiuto non sia giustificato da una malattia, o da a
ni, dee ristorare tutt' i danni, ai quali l'inadempimen
ha dato occasione (57); 6) per la morte del mandante
datario (59); imperocchè solo i dritti di già risultati
cominciata o finita passano agli eredi (60), ma il man
con tutt' i suoi effetti si estingue per l'avvenire, tost
delle parti (61). Alla morte qui viene assomigliata ez

(47) L. 20. pr. L. 28. § 6-8. D. *eod.* L. 29. L. 62. § 5. D. *d*
10. C. *mand.* (4. 35.)

(48) L. 7. L. 56. § 3. D. *eod.* L. 1. L. 17. C. *eod.* Non si oppo

(49) L. 1. § 3. D. *eod.* § 12. J. *eod.* Non si oppone L. 59. § 2.

(50) § 4. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.)

(51) § 9. J. *de mand.* (3. 26.) L. 12. § 16. D. *mand.* (17. 1.);
tanto la cessione forma un'eccezione L. 25. L. 55. D. *de procur.* (

(52) L. 31. § 2. D. *de procur.* (3. 3.) Confr. L. 30. D. *mand.*

(53) § 9. J. *de mand.* (3. 26.)

(54) L. 4. pr. D. *de manum. vind.* (40. 2.) L. 15. § 1. D. *qui e*
9.) L. 41. pr. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(55) L. 41. pr. D. cit. L. 12. § 2. L. 34. § 3. L. 51. D. *de sol*

(56) L. 15. D. *mandati* (17. 1.)

(57) § 11. J. *de mand.* (3. 26.) L. 22. § 11. L. 23-25. L.
(17. 1.)

(58) L. 26. pr. L. 58. pr. D. *eod.* L. 15. C. *eod.*

(59) L. 27. § 3. L. 57. D. *eod.*

(60) L. 26. pr. L. 59. pr. § 1. D. *eod.* L. 8. L. 18. C. *eod.*

(61) § 10. J. *eod.* L. 27 § 3. L. 34. § 1. L. 57. D. *eod.* L.

inutio maxima et media, come pure la liberazione dalla schiavitù,
si tratta di un mandato dato o ricevuto da uno schiavo (62); ma al
trario la *capitis diminutio minima* non ha alcuna conseguenza (63).
ndimeno la caducità del mandato per morte patisce più eccezioni.
perocchè a) la cessione continua sempre a sussistere, il che per ve-
prima di Giustiniano nel caso di una donazione presupponeva che
zione donata fosse già promossa e la lite fosse contestata prima
lla morte (64); b) l' adstipulazione per lo meno non si estingue per
morte del mandante (65), ma gli eredi dell' *adstipulator* assoluta-
nte non succedono nel mandato (66). c) Se il mandato è diretto ad
fidejussione, o a contrarre in altro modo una obbligazione, an-
gli eredi del mandatario mediante il pagamento del debito otten-
o *l'actio mandati contraria* (67). d) I debitori del mandante, i qua-
gnari della sua morte han pagato al mandatario, rimangono con
liberati (68). e) È parimente valido, quando un mandato per la
dizione di cose speciali o per la manomissione di determinati schia-
ien eseguito dopo la morte del mandante, in quanto o il mandata-
non abbia avuto notizia della morte, o precisamente dopo di que-
abbia dovuto farsi la tradizione o la manomissione (69). f) Si dà
pre luogo alle azioni di mandato, allorchè il mandatario ignaro del-
norte del mandante ha eseguito la commisione (70). g) Quest'ultimo
verità non vale generalmente anche pei mandati, i quali non debbono
guirsi che dopo la morte del mandante (71); non per tanto si am-
tte allorchè il mandato riguardi i funerali del mandante (72), o af-

. (12. 1.) L. 15. § 1. D. *qui et a quib. man.* (40. 9.) L. 108. D. *de solut.* (46.
Caj. III. 160.
62) L. 41. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 7. § 2. D. *pro emptore* (41. 4.)
63) L. 12. § 6 L. 61. D. *mand.* (17. 1.)
64) L. 1. C. *de O. et A.* (4. 10.) L. 33. C. *de donat.* (8. 54.)
65) Caj. III. 117.
66) Caj. III. 114. IV. 113.
67) L. 14. D. *mandati* (17. 1.). Non si oppone L. 60. § 1. D. *eod.*
68) Caj. III. 160. § 10.; J. *de mand.* (3. 26.) L. 26. § 1. D. *eod.* L. 32. D. *de*
t. (46. 3.)
69) L. 33. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 19. § 3. D. *de donat.* (39. 5.) L. 18. §
. *de don. mort. causa* (39. 6.) L. 27. § 1. D. *mandati* (17. 1.) Confr. con L.
D. *de reb. cred.* (12. 1.)
70) § 10. J. *de mand.* (3. 26.) L. 24. L. 51. L. 58. pr. D. *eod.*; Caj. III. 160.
71) Caj. III. 158.; L. 108. D. *de solut.* (46. 3.) Zimmern nell' Arch. per la prat.
vol. IV. n. 19.
72) L. 12. § 17. D. *mand.* (17. 1.) L. 14. § 2. D. *de relig.* (11. 7.)

fari che han per iscopo l' utilità degli eredi (73), o allorchè delle cose speciali sono state affidate al mandatario per darle ad alcuno (74).

III. PATTI MUNITI DI AZIONE.

1) *Pacta praetoria.*

§. 264. Ai contratti reali e consensuali seguono quelle convenzioni, le quali parimente senza stipulazione producono azione ; ma che nell' antico dritto civile non la producevano affatto. Le più antiche fra queste sono tre convenzioni, che il dritto Pretorio ha munite di azione.

1.° Il *pactum de certo loco* sopra il luogo della prestazione, nelle obbligazioni di stretto dritto, le particolarità della qual materia sonosi già vedute in altra occasione (1).

2.° *Il receptum arbitri* cioè la convenzione fra un arbitro eletto e le parti, per la quale egli si obbliga di decidere la lite (2). Cioè sebbene nessuno sia tenuto ad assumere l' ufficio di arbitro, pure chi una volta ha accettato quest' incarico può esser costretto ad esaminare e decidere la controversia (3), presupposto che vi concorrano tutti i requisiti di un valido compromesso (4), e ciò fu introdotto nell' Editto (5). Ma non per tanto non ha luogo una propria azione, nè si possono pretendere i danni interessi a cagione dell' inadempimento della promessa, ma soltanto si fa luogo alla *extraordinaria cognitio praetoris* (6), e contro l' arbitro si applicano semplicemente dei mezzi indiretti di costringimento, come sarebbe a dire la multa (7). Contro gli Uffiziali superiori dello Stato, *Magistratus superiores*, cessa ogni costringimento (8). Oltre a ciò ciascuno può per una valida cagione ri-

(73) L. 13. D. *mandati* (17.1.)

(74) L. 27. § 1. D. *eod.* L. 18. § 2. D. *de don. mort. causa* (39. 6.) L. 33. D. *de adq. poss.* (41. 2.)

(1) V. sopra § 228.

(2) L. 3. § 1. L. 13. § 2. D. *de recept.* (4. 8.)

(3) L. 3. § 1. 3. L. 4. L. 5. L. 9. § 3-5. L. 10. L. 11. pr. § 1. 4. 5. L. 12. L. 13. pr. § 1. 3. 4. L. 15. L. 16. § 1. L. 32. § 9. L. 12. D. *eod.*

(4) L. 9. § 2. L. 11. § 1-3. L. 32. § 1. 3. 4. 6. 7. L. 35. D. *eod.*

(5) L. 15. L. 3. § 2. D. *eod.*

(6) L. 3. § 1. L. 11. § 5. L. 12. L. 32. § 3. D. *eod.*

(7) L. 32. § 12. D. *eod.*

(8) L. 3. § 3. L. 4. D. *eod.* Confr. la mia St. § 27. n. 3.

e di decidere (9), vale a dire allorchè le parti grandemente lo ggiano (10), o posteriormente si son rivolte al tribunale, o ad un arbitro, o hanno troppo lungamente indugiato (11), allorchè non stabilita alcuna pena convenzionale per la disubbidienza di una par- ovvero di poi se n' è fatta remissione (12), allorchè egli è impedi- malattia, o da urgenti affari (13), allorchè gli altri arbitri nomi- con lui si ritengono dal pronunciare (14), o sono persone catti- 5), allorchè la lite è cessata (16), allorchè una parte si trova e- a al concorso de'creditori (17), o è caduta in demenza (18), e via rrendo.

° Il *constitutum debiti* (19), cioè la promessa data senza stipula- e di volere in tutto, o in parte soddisfare il debito, dal che se- o l' Editto nasce un' azione (20), e ciò non solamente nel *consti- m debiti proprii*, allorchè alcuno promette di adempire al suo pro- debito sia verso il creditore medesimo (21), sia verso un altro (22), nche nel *constitutum debiti alieni*, allorchè la promessa cade a un debito altrui (23). Ma nell' Editto si distinguevano due ca- 1) il *receptum argentarii*, allorchè un *argentarius* mediante il *stitutum* s' incaricava di un debito e lo iscriveva con la forma con- a nel suo libro di conto (24). Qui non importava qual fosse l' og- o del debito, anzi neppure importava se il debito supposto vera-

) L. 15. L. 16. pr. D. *eod.*
0) L. 9. § 4. L. 15. D. *eod.*
1) L. 9. § 5. L. 10. L. 11. pr. L. 17. § 1. D. *eod.*
2) L. 11. § 1-5. L. 13. pr. D. *eod.*
3) L. 15. L. 16. pr. § 1. D. *eod.*
4) L. 17. § 2. L. 32. § 13. D. *eod.*
5) L. 9. § 3. D. *eod.*
6) L. 32. § 5. D. *eod.*
7) L. 17. pr. D. *eod.*
8) L. 47. § 1. L. 48. L. 49. pr. D. *eod.*
19) *M. Reinganum* comm. de constit. pecun. praesertim cum quis suo nomine con- at. Heidelb. 1819. 8. Il *constitutum* grecamente si chiama ἀντιφώνησις, ed il co- ente ἀντιφωνητὴς Nov. 4. c. 1. 2. Nov. 136. prooem. c. 1. Nel primo passo la Vol- inesattamente ha *sponsor*.
20) § 8. 9. J. *de action.* (4. 6.) L. un. pr. § 1. 3. L. 13. L. 14. § 3. L. 24. L. D. *de pecun. const.* (13. 5.)
21) L. 1. § 5-7. L. 3. § 2. L. 4. L. 5. pr. L. 29. D. *eod.*
22) L. 5. § 2. D. *eod.*
23) L. 1. § 8. L. 2. L. 5. § 2. 3. L. 26-28. D. *eod.* L. 1. L. 3. C. *eod.* (4. 18. appresso § 270.
24) § 8. J. *de act.* (4. 6.); Theoph. ad h. l.; L. 2. C. *de const. pec.* (4. 18.). Le

mente esisteva; e molto meno era invalida la promessa di pagare senza condizione o indugio un debito condizionale o a termine. L' azione che addimandavasi *actio receptitia* era un' azione perpetua che passava eziandio contro gli eredi (25). 2) Il *constitutum* di altre persone, nel quale l'azione appellavasi *actio de constituta pecunia* (26).Questo supponeva un debito di cose fungibili (27), il qual debito dovea effettivamente esser fondato (28),almeno come *obligatio naturalis* (29),ed un' *obligatio inefficax* non era sufficiente (30). Di più la promessa non potea cadere sopra un oggetto diverso (31),nè potea promettersi l'adempimento prima del termine (32); inoltre in molti casi, di cui non abbiamo esatta notizia, *l' actio de constituta pecunia* si prescriveva già in un anno (33), e gli eredi non vi erano tenuti (34). Al contrario anche quì l' origine del debito era indifferente (35). Tanto meno nuoceva se l' adempimento promettevasi in luogo diverso o in un altro tempo più remoto (36), e se la promessa conteneva di più dell'ammontare del debito originario,ciò nondimeno obbligava fino al suo vero ammontare (37). Ma a poco a poco si estesero anche al *constitu-*

solemnia verba, di cui fa menzione la L. 2. pr. C. cit. si riferiscono solo alla forma del notamento nelle *rationes argentarii*, la quale anche qui avea luogo L. 6. § 3. D. *de edendo* (2. 13.), e per conseguenza da ciò non si può conchiudere con Cujac. Recit. solemn. in Cod. ad leg. 2. cit. e col *Wissenbach* ad Cod. ad leg. 2. C. cit. ed altri che il *receptum arbitri* abbia origine non già dall' Editto, ma dall' antico dritto civile, il che sarebbe in contradizione col § 8. J. cit.

(25) Theoph. l. c.; L. 2. C cit.

(26) § 8. 9. J. *de act.* (4. 6.); Theoph. l. c. *Pecunia* qui si deve prendere nel senso più ampio, nel quale dinota gli oggetti del patrimonio in generale L. 5. L. 178. L. 222. D. *de V. S.* (50. 16.)

(27) Theoph. l. c. L. 2. C. cit. Non si oppone L. 21. pr. L. 23. D. *de pec. const.* (13. 5.)

(28) L. 5. § 2. L. 11. pr. L. 18. § 1. L. 25. § 1. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 2. C. cit.

(29) L. 1. § 7. D. *eod.*

(30) L. 3. § 1. D. *eod.* Non nuoceva che il credito posteriormente venisse a perdere la qualità di potersi far valere coll' azione L. 18. § 1. D. *eod.*, e nella *obligatio inefficax* devesi anche eccettuare il caso che alcuno costituiva, essendo consapevole dell' eccezione arg. L. 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(31) V. Nota 38.

(32) L. 3. § 2. L. 19. pr. D. *eod.*

(33) L. 2. C. *eod.*

(34) L. 2. C. *eod.*

(35) L. 1. § 6. 8. L. 29. D. *eod.* Una eccezione indiretta si contiene nella L. 33. pr. D. *de donat.* (39. 5.)

(36) L. 5. pr. § 1. L. 16. § 1. L. 19. § 1. D *de const. pec.* (13. 5.)

(37) L. 1. § 8. L. 11. § 1. L. 12. D. *eod.* L. 33. pr. D. *de donat.* (39. 5.)

tre persone i principii del *receptum argentarii*. Così fu am-
e fosse permesso di promettere per transazione un oggetto
38), che si potesse promettere l'adempimento anche prima
enza (39), e che nel *constitutum debiti alieni* l'azione passasse
li eredi, e fosse sempre perpetua (40). Giustiniano da ulti-
' ultima mano al pareggiamento dei medesimi. Secondo la
sizione 1) è permesso a tutti di fare un *constitutum* per ogni
debiti, e di assicurare senza condizione l'adempimento di
condizionale; 2) l'azione debb' esser sempre perpetua, e 3)
generalmente sono obbligati dal *constitutum* (41). Solo dee
concorrere il requisito che vi sia un debito effettivo (42), sal-
argentarii, contro i quali dura ancora per questo rappor-
rigore (43). Più tardi Giustiniano richiese ancora che il co-
vesse specialmente obbligato sè medesimo per l'adempimento
sse solo generalmente promesso, e che quando avesse assi-
egli ed alcune altre determinate persone adempirebbero al
n potesse per tal promessa esser convenuto se non per una
irile (44). Nel *constitutum* non si contiene mai una novazio-
ndi finchè il creditore non è stato soddisfatto in forza del
m, gli riman sempre libero di far valere l'originario credi-
ncorachè avesse di già intentata un' azione pel *constitutum*
averne nulla conseguito; nondimeno i Giureconsulti Roma-
a questo capo furono per lungo tempo di opinioni diver-
na singolarità che *l' actio de pecunia constituta* ha comune
arbitraria de certo loco è che questa può essere intentata in
luogo s' incontri il costituente (47).

§ 5. D. *de const. pec.* (13. 5.)
L. 11. pr. L. 21. § 1. D. *eod.*
C. *eod.*
pr. § 1. C. *eod.* Qui viene applicato il principio che il *constitutum* abbia
che se si fosse stipulato.
pr. C. *eod.*
§ 2. C. *eod.*
115. c. 6. La promessa che un altro dovesse soddisfare il debito era sempre
. § 4. D. *eod.*
. D. *eod.* Confr. L. 59. D. *de solut.* (46. 3.) L. 15. D. *de in rem verso*

. § 3. D. *de const. pecun.* (13. 5.)
. § 1. D. *eod.* Questa somiglianza, come pure la circostanza che gli Editti
ne le azioni probabilmente furono promulgati uno dopo l'altro, giacchè nello
ovano in due titoli l'uno dopo l'altro (lib. XIII. tit. 4. e 5.) ci fa conchiu-
ndue le azioni siano state introdotte dal medesimo Pretore.

2) *Pacta legitima.*

A. *Actio praescriptis verbis* (*).

§ 265. La disposizione dell'Editto del Pretore, con
messo di proporre le antiche azioni dei contratti di l
actiones in factum, senza indicare in una *intentio* form
nominazione del contratto su cui l'azione era fondat
premettere invece una descrizione del contratto concl
ad una nuova ed importantissima specie di patti mun
L'azione allora fu chiamata *actio praescriptis verbis*
originariamente non intendevasi affatto una speciale a
un'azione formolata *in factum* da qualunque dei cont
lari dell'antico dritto civile provenisse ; il perchè *l'a*
verbis chiamasi anche *actio in factum civilis* (4).Lo
forma potè in prima essere lo scopo generale della
ctum (5), cioè di far evitare all'attore la *poena plus*

(*) *E. Gans* Dritto di obbligazione *Heidelb.* 1818. 8; Meno-Po
sizione ragionata della teorica dei contratti innominati *Heidelb.* 1
hter de condict. causa data causa non secuta in contr. innom. Tubi
mitthenner su i contratti spezialmente sul dritto nuovo Giessen 18
de contract. innom. indole ac natura Goett. 1835.8.

(1) Caj. IV. 47. 60.: L. 9. L. 13. D. *de O. et A.* (44. 7.). I
ditto abbia permessa la *conceptio in factum* soltanto nell' *actio*
ma dai testi citati nella Nota 8. si rileva che essa ammettevasi anch
scenti da contratti. Confr. anche L. 13. § 2. D. *commod.* (13. 6
empt. (18. 1.) L. 2. C. *de pact. int. empt. et vend.* (4. 54.). S
tuo, ed *ex stipulatu* non potevano mai proporsi come *actiones i*
erano *stricti juris*, e per conseguenza neppure le convenzioni, da
praescriptis verbis sono mai assomigliate al *mutuum* o alla stipul

(2) L. 6. C. *de transact.* (2. 4.) « aut enim stipulatio conven
stipulatu actio competit, aut si omissa verborum obligatio est, util
ptis verbis rem gestam demonstrat, danda est ».

(3) *Savigny* Sistema vol. V. § 217. p. 69. seg. Appoggiando
mette che nella *demonstratio formulae* stesse la descrizione del
più verisimile che la descrizione si contenesse in una clausola mes
scriptio (Caj. IV. 130-137.), e che da ciò cominciasse l'indica

(4) L. 1. § 1. 2. L. 5. § 2. L. 6. L. 15. D. *praescr. verb.*
ctum che nella L. 7. § 2. D. *de pactis* (2. 14.) vien contrapp
ptis verbis è l'*actio in factum de dolo*, come il dimostra la L.
verb. (19. 5.). Senza dubbio dalla origine dell'*actio praesc.*
Pandette essa segue la teorica degli antichi contratti.

(5) *Savigny* l. c. riguarda l' *actio praescriptis verbis* come
altre *actiones in factum*; nondimeno io non so allegare alcuna ra

(6) Caj. IV. 53.

er possibile ai figliuoli sotto la potestà del padre d'intentare
i dei contratti (7); ma forse anche fin dal principio si mirò ad
pliazione delle convenzioni, dalle quali poteva nascere un'azione.
scopo almeno ben presto vi si aggiunse. Imperocchè siccome
tiones in factum non si stava mai tanto strettamente al concet-
requisiti del fondamento dell'azione, come nelle *actiones in*
eptae, così teneasi qui per sufficiente se la convenzione, che
valere con un' *actio praescriptis verbis*, solo in qualche modo
ndesse alla sostanza di uno degli antichi contratti. Per siffatto
actio praescriptis verbis a poco a poco prese la natura di una
azione, che si estendeva oltre alla sfera degli antichi contratti,
levasi adoperare precisamente in quei casi, nei quali mancava
lelle proprietà di un determinato contratto (8); ma per siffat-
si fu anche in sulla via di pervenire a render produttive di
utte le convenzioni obbligatorie, imperocchè non ci ha nessu-
nzione di questa specie, che non abbia più o meno di simi-
con alcuno degli antichi contratti. Ciò molto bene si conosce-
non si voleva questo risultato, e però la pratica formò il
ristrettivo che *l' actio praescriptis verbis* non si doves-
ettere se non quando l' attore dal suo lato avesse prestato
cosa, per la quale, o in rapporto alla quale il convenuto a-
esso la prestazione da lui richiesta, e per conseguente quan-
se una convenzione bilaterale di già eseguita dall'attore (9).
questa teorica si stabilì la prima volta in sul cominciare
ero, e che il Sabiniano Aristone, il quale vivea sotto Tibe-

. L. 13. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 12. § 6. D. *mandati* (17. 1.)
. D. *praescr. verb.* (19. 5.). « Nam cum deficiunt vulgaria atque usitata a-
omina, praescriptis verbis agendum est. » L. 3. D. *eod.* « Ad quam necesse
ere, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili prodi-
L. 11. D. *eod.* « Quia actionum non plenus numerus est, ideo plerumque
factum desiderantur. Sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex ju-
ssaria sit, supplet Praetor in eo quod legi deest. » Confr. con L. 23. D. *comm.*
.) L. 6. D. *de resc. vend.* (18. 5.) L. 1. § 1. 2. L. 5. § 1. 2. 4. L. 13. D.
-20. L. 22. L. 24-26. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 1. pr. D. *de aestim.*
44. D. *pro socio* (17. 2.) L. 16. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 6.
de transact. (2. 4.) L. 6. C. *de jure dot.* (5. 12.) L. un. § 13. C. *de rei.*
(5. 13.) L. 9. C. *de donat.* (8. 54.) L. 12. § 6. D. *mand.* (17. 1.) L. 14.
fam. herc. (3. 36.) L. 7. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.)
. § 2. D. *de pact.* (2. 14.) L. 5. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 8. C. *de rer.*
. 64.)

rio abbia principalmente contribuito alla sua formazion
gni modo essa non apparteneva all' antico dritto civile, e
venzioni, che si possono far valere con *l' actio praesc*
possono riguardarsi come semplici patti muniti di azione
la possibilità di far uso di un' azione per queste tali conv
suo fondamento sopra un estensione delle antiche azioni
così da ciò si fa chiaro perchè esse sono indicate come *o*
viles, ed assomigliate ai contratti (11), e perchè *l'acti*
verbis chiamasi anche una *utilis actio* (12). I principii pi
no i seguenti: 1) è mestieri che il suo fondamento sia u
ne bilaterale, per effetto della quale amendue le parti del
qualche cosa (13), senza che però queste prestazioni deb
carattere di equivalente l'una dell'altra (14). 2) Non altra
contratti reali, perchè la convenzione si possa far valere è
sia seguita l'effettiva prestazione dell'attore come fondam
le dell'obbligazione, *causa obligationis*, e quì non basta
la prestazione o di aver costituito l'altra parte *in mora a*
giacchè prima dell' accettazione non vi è che una semp
obligatio ex pacto, e per una tale obbligazione non vi può
ne di mora (16). 3) D'altra parte non importa da niun lato
sia la specie della prestazione; ma ogni cosa o fatto p
può esser l'oggetto di un'obbligazione è anche atto a
ctio praescriptis verbis, e tanto meno si richiede la om
due scambievoli prestazioni, per la qual ragione sono
quattro categorie: *do, ut des, do ut facias, facio ut des*

(10) L. 7. § 2. D. *de pact.* (2. 14.) L. 2. D. *de rer. permut.* (19.
D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 18. D. *de donat.* (39. 5.). Anzi la di
pra e permuta non fu ben fermata che al principio dell'epoca imp
Nota 4.

(11) L. 7. § 2. D. *de pactis* (2. 14.) L. 3. L. 19. pr. D. *praes*
L. 17. C. *de fide instr.* (4. 21.)

(12) L. 6. C. *de transact.* (2. 4.) Confr. L. 11. D. *praescr. verb*
C. *de fide instr.* (4. 21.)

(13) L. 7. § 2. D. *de pactis* (2. 14.) L. 5. D. *praescr. verb.* (19.

(14) L. 1. § 2. L. 5. § 2. L. 8. L. 16. pr. L. 17. § 2. L. 18. L.
verb. (19. 5.)

(15) L. 7. § 2. 4. D. *de pact.* (2. 14.) L. 15. D. *praescr. verb.*
2. 3. L. 2. D. *de rer. perm.* (19. 4.) L. 3. L. 8. C. *de rer. perm.* (4

(16) L. 88. D. *de R. J.* (50. 17.). « Nulla intelligitur mora ibi fi
titio est. »

cias (17). Per qualche tempo si ebbe veramente ritegno di ammettere l'*actio praescriptis verbis* anche pel *facio ut des* (18); ma in fine fu ammessa eziandio in questo caso, anche quando il compenso da dare non fosse anticipatamente determinato (19). 4) Le determinazioni di tempo, le condizioni, ed altri patti accessorii si ammettono quì non altramente che nelle altre convenzioni (20). 5) L' azione è un' *actio bonae fidei* (21) e tende a ciò che il convenuto effettui la promessa prestazione, o ristori all'attore tutto il suo interesse (22), il quale presso i Romani solevasi inserire indeterminatamente nella formola dell'azione e per tal ragione l' azione viene annoverata fra le *actiones incerti* (23). Se si debbono trasferire delle cose all' attore, allora per rispetto ai frutti, agli utili, e ad altri interessi accessorii si applicano le regole della vendita (24). Per le altre prestazioni si può solo stabilir la regola, che debbano corrispondere alla convenzione. In generale poi anche qui si prende in considerazione il dolo, la colpa, ed il caso. Or se il convenuto si è obbligato per semplice compiacenza verso l' attore, allora egli risponde solamente del dolo e della colpa grave, ma in altro caso è tenuto per ogni negligenza (25). Pel caso fortuito egli non è risponsabile, ma piuttosto anche qui vale il principio che l' impossibilità di fare la prestazione, allorchè non è imputabile a colpa, libera il debitore (26); intanto sonovi delle eccezioni (27), ed indirettamente

(17) L. 5. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(18) L. 5. § 3. D. *eod.*

(19) L. 22. D. *eod.* § 1. J. *de locat.* (3. 24) L. un. C. *de suffrag.* (4. 3.)

(20) L. 8. L. 12. L. 20. pr. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 8. C. *de rer. perm.* (4. 64.) L. 17. C. *de fide instr.* (4. 21.). Secondo quest' ultimo testo il patto di ridurre in iscritto la convenzione produce l' effetto che neppure la stessa esecuzione non fa nascere l' azione, finchè la scrittura che racchiude il contratto non sia sottoscritta.

(21) § 28. J. *de act.* (4. 6.) L. 1. pr. D. *de aestim.* (19. 3.) L. 24. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 2 § 2. D. *de precar.* (43. 26.). Quando l' azione nella L. 19. § 2. D. *eod.* chiamasi una *condictio*, se per avvenrura non sono esatti i manoscritti e le edizioni che contengono in questo luogo la parola *actio*; (Savigny l. c. p. 98. Nota o), bisogna dire che *condictio* sia adoperata nel senso più ampio, nel quale dinota generalmente un' *actio in personam*.

(22) L. 5. § 1. 2. 4. 5. L. 7. L. 9. L. 20. pr. L. 24. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 1. § 4. D. *de rer. perm.* (19. 4.)

(23) L. 7. § 2. D. *de pact.* (2. 14.) L. 23. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 8. L. 9. L. L. 16. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 19. § 2. D. *de precar.* (43. 26.) L. 6. C. *de rer. perm.* (4. 64.) L. 9. C. *de donat.* (8. 54.)

(24) L. 1. pr. L. 2. D. *de rer. perm.* (19. 4.) L. 2. C. *eod.* (4. 64.)

(25) L. 17. § 1-4. L. 20. § 2. L. 24. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(26) L. 5. § 1. L. 17. § 1. 2. 4. L. 20. § 1. 2. D. *eod.*

(27) V. Nota 40.

può una eccezione provenire anche da ciò, che 6) ne
des, e *do ut facias* colui che dà può valersi eziandio d
causam datorum e richiedere indietro ciò che ha dato
pel *facio ut des* e *facio ut facias* il debitore liberato
conserva la prestazione ricevuta (29). Notevoli applic
praescriptis verbis sono:

1.° La permuta *permutatio*, allorchè debbono darsi d
bio di altre cose (30). Quì in generale le prestazioni ed o
due parti si regolano secondo i principii sulle cose ven
tanto le differenze essenziali dal contratto di compra
che soltanto dopo la prestazione si acquista il dritto
che il dare una cosa altrui non è sufficiente per l' ad
una parte nè dall' altra (33), e 3) che la *condictio ob*
per la restituzione delle cose date compete finchè non
prestazione dell' altra parte (34). Prima di Giustinia
gneva eziandio che le *res mancipi* doveano non già
mente consegnate, ma sibbene mancipate (35), e pe
anche come permuta allorchè dovendosi dare *una re*

(28) V. appresso § 276.

(29) La ragione allegata nella L. 25. D. *eod.* L. 12. § 2. D. *de*
31. D. *de R. J.*, che un *factum* non si può richieder di nuovo, no
imperocchè nel modo medesimo che nella *condictio ob causam dat*
un pagamento di cose perdute, nel modo stesso potrebbe aver luogo
del *factum*, e s' incontra effettivamente nella *condictio indebiti* L.
de cond. ind. (12. 6.); ed ancora si può ben concepire che alcuno p
lentieri il valore stimato del suo servigio che qualche altra prestazione
bio. La vera ragione perchè la *condictio ob causam datorum* non
ut facias sta semplicemente nella circostanza storica che quest' azi
pendente dall' *actio praescriptis verbis*, e fu introdotta o ricevuta p
ma per il *datum ob causam*, senza che posteriormente sia avvenut
mento della loro sfera, sebbene *Scmitthenner* l.c. § 33. siasi affatica
siffatta estensione della *condictio ob causam datorum*.

(30) L. 1. pr. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 1. pr. D. *de*
L. 5. § 1. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 4-7. C. *de rer. perm.* (4.
fide instr. (4. 21.)

(31) L. 19. § 5. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 1. pr. L. 2. D. *d*
L. 1. L. 2. C. *eod.* (4. 64.)

(32) L. 1. § 2. D. *eod.* L. 3. C. *eod.*

(33) L. 4. § 1. 3. D *eod.* L. 1. C. *eod.* Ma s' intende da sè che
go l' usucapione L. 4. § 17. D. *de usurp.* (41. 3.)

(34) L. 1. § 4. D. *eod.* L. 1. L. 4. C. *eod.*

(35) L. 1. pr. D. *eod.* « In permutatione utriusque rem fieri op
sto luogo è detto precisamente per opposizione al semplice *tradere*.

danaro, si conveniva che ne dovesse esser fatta la trasmissio-
e (36), il che divenne poi senza importanza.

convenzione per la quale si danno delle cose a vendere in
che se quegli che le ha ricevute non restituisce le medesime,
e per esse un prezzo determinato, la qual convenzione dif-
l *mandatum rei vendendae* in questo, che quegli, il quale ri-
sa, può ritenerla anche per sè pagando soltanto il prezzo de-
che tutto il di più che ottiene per la cosa è a suo guadagno,
tenuto a render conto della vendita, e che la convenzione
ingue per la morte (37). Finchè il ricevente non ha nè ven-
ortato il prezzo convenuto, quegli che ha data la cosa e che
oprietario può richiederla indietro *condictione ob causam da-*
). Ma qui l' *actio praescriptis verbis* mira semplicemente al-
ione del prezzo determinato, dal che in questo caso vien
actio aestimatoria s. *de aestimato* (39). Solo allorchè la cosa
derla si è perduta, o vien restituita deteriorata, l' azione
proposta anche pel risarcimento, e ciò senza condizione al-
rchè il danno è provenuto dal dolo o dalla colpa del rice-
sotto la condizione che il ricevente a sua istanza abbia rice-
sa per farne traffico, se il danno sia avvenuto per un caso for-
. Se al ricevente è stata promessa una mercede, allora dopo
mento della sua obbligazione compete anche a lui *utiliter* l'a-
pagamento (41).

transazione (42), allorchè per effetto della medesima si dee
ualche cosa, senza che siasi fatta intorno a ciò una formale sti-
e quegli che dee riceverla ha di già per parte sua corrispo-
nsazione, il che per le pretensioni rinunciate vien presunto
avece di procedere più oltre per farle valere si richiede ciò
mbio si è promesso (43).

6. D. *de cond. causa data* (12. 4.). Il *dare* per opposizione al *tradere* qu
iferire che alla sola trasmissione formale.
. pr. § 1. D. *de aestimator.* (19. 3.) L. 44. D. *pro socio* (17. 2.) L. 13.
§ 1. D. *de praescr. verb.* (19. 5.) Confr. con L. 5. § 3. L. 49. L. 57. D.
1.)
§ 1. D. *de aestimat.* (19. 3.) Confr. con L. 17. § 1. D. *praescr. verb.*
5. § 18. D. *de trib. act.* (14. 4.)
. pr. D. *de aestimat.* (19. 3.)
. § 1. D. *eod.* L. 17. § 1. D. *praescr. verb.* (19. 5.)
. D. *de aestimat.* (19. 3.)
pra § 78. n. 1.
L. 33. C. *de transact.* (2. 4.)

4.° La scommessa (44), allorchè non vi è intervenuta stipulazione, ove il vincitore può dire: *feci ut des* (45).

5.° Il giuoco, *alea*, nel quale ha luogo la cosa medesima (46), ma non si dà azione se non quando esso contiene una esercitazione corporale (47). Imperocchè il giuoco generalmente è nullo, e la invalidità si estende non solo alle scommesse fatte pel giuoco (48), ma anche a tutte le convenzioni conchiuse per lo scopo del medesimo (49). Non per tanto siffatte convenzioni sono semplicemente sfornite di azione, mentre al contrario ciò che si è perduto al giuoco, anche quando siasi già pagato, può ridomandarsi indietro (50). Un Senatoconsulto del tempo della repubblica pare essere stato il primo a proibire il giuoco per fine di guadagno, salvo che non fosse diretto all' esercitazione del corpo (51). Ma a questo Senatoconsulto tenner dietro parecchi plebisciti di somigliante contenuto (52), come pure un Editto, il quale tolse a coloro che permettono il giuoco nelle loro case ogni dritto al risarcimento del danno, e alle pene private per cagione di delitti durante il giuoco commessi, senza pregiudizio però della punizione pubblica di questi delitti (53). Da ultimo Giustiniano stabilì anche delle pene pel giuoco diretto a fare un illecito guadagno, vietò pienamente molte specie di giuoco, limitò il guadagno lecito anche per le persone ricche ad un sol ducato, e per rispetto alla invalida perdita di giuoco, ei dispose che l'azione per ridomandare ciò che fu pagato non si prescrivesse che in cinquant' anni, e che, ove il perditore non volesse egli stesso esercitarla, si trametiesse al Fisco (54).

6.° Il *pactum de suffragio*, cioè la convenzione per la quale alcuno

(44) V. sopra § 238. n. I.

(45) L. 17. § 5. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 3. D. *de aleator.* (11. 5.)

(46) L' azione qui non è mai indicata per nome, ma non è applicabile altra azione che quella *praescriptis verbis*.

(47) L. 2. § 1. L. 3. *de aleator.* (11. 5.). Una eccezione totalmente subalterna incontrasi pure nella L. 4. pr. D. *eod.*

(48) L. 3. D. *eod.*

(49) L. 2. § 1. D. *quar. rer. actio non datur* (44. 5.)

(50) L. 4. § 1. 2. D. *de aleator.* (11. 5.)

(51) L. 2. § 1. D. *eod.* Ma senza dubbio il Senatoconsulto anche in un giusto guadagno non dava azione. Per conseguenza una siffatta azione, quando non erasi contratta alcuna stipulazione formale, non potè incontrarsi prima che la predetta teoria dell' *actio praescriptis verbis* non si fu formata.

(52) L. 3. D. *eod.*

(53) L. 1. D. *eod.*

(54) L. 1-3. C. *eod.* (3. 43.)

promette di adoperarsi ed intercedere per un altro, e questi si obbliga di dargli in cambio un determinato compenso. Mentre gli antichi Romani riprovavano come turpe una tale *venditio fumi*, sotto gli Imperadori essa venne sempre più in voga (55), sebbene alcuni dei migliori Imperadori si opponessero a così fatto abuso (56). Anzi Costantino vi minacciò contro delle pene (57). Ma Giuliano appigliandosi all'ambiguo mezzo di vietare la ripetizione della mercede pagata, sotto pena della confisca (58) favorì, certamente contro sua volontà, l' opinione che quella convenzione fosse valida (59), e da ciò potè finalmente Teodosio I. essere indotto a disporre che qui ciascuna parte, che dal suo canto avesse mantenuta la sua promessa, potesse muovere azione per ottenere la prestazione promessa dall' altra parte, colla sola limitazione che un compenso consistente in fondi dovesse esser promesso per iscritto (60). Secondo un' idea molto diffusa le convenzioni, dalle quali risulta *l' actio praescriptis verbis* sono annoverate tra gli antichi contratti, e per cagione della prestazione dell' attore, che necessariamente si richiede, sono reputate come una specie di contratti reali; ma perchè qui non si tratta di casi determinati e che hanno un proprio nome, sono contrapposti ai proprii contratti reali come *re contractus incerti* s. *innominati*, contratti innominati (61). Intanto questa teorica, come dalle predette cose è manifesto, è vera per metà, e per valutare la *condictio ob causam datorum* è importante di osservare che quelle convenzioni non sono che patti muniti di azione (62), sebbene la denominazione di contratti innominati per la sua brevità meriti di esser conservata.

(55) Confr. p. es. *Lamprid. in Heliogab.* c. 10.

(56) *Sueton.* in Vespasiano c. 23.; *Capitolinus* in Anton. Pio c. 11.; *Lamprid.* in Alex. Severo c. 35.

(57) L. 1. L. 2. C. Th. *de honorar. cod* (6. 22.)

(58) L. 1. C. Th. *si cert. pet. de suffrag.* (2. 29.)

(59) Dal discorso presso *Ammianus* Marcell. XXV. si può dedurre che questa conseguenza era assolutamente in opposizione con l'opinione di Giuliano.

(60) L. 2. C. Th. *eod.*; L. un. C. *de suffrag.* (4. 3.)

(61) Questa teoria è principalmente ricavata dalla L. 7. § 2. D. *de pactis* (2. 14.) L. 13. L. 15. L. 19. pr. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 17. C. *de fide instr.* (4. 21.). I contratti che qui si riferiscono potrebbero dirsi una estensione degli antichi contratti consensuali piuttosto che dei contratti reali; imperocchè a quelli qui si suole più frequentemente aver rapporto.

(62) V. appresso § 276.

B. La promessa di una dote, e la donazion

a) Teorica delle medesime.

§. 266. Altre due convenzioni furono dalle costit chiarate produttive di azione anche senza stipulazi

1.° *La promessa di una dote* (1). Di già l' antica teasi fare da una fidanzata o da una moglie libera coll'approvazione del suo tutore (2), o da un suo d mando (3), o dal suo padre o Avo paterno (4), e fors tore (5), differiva dalla stipulazione in questo, che promessa niuna interrogazione (6), ma era sufficier posteriormente fosse accettata (7), richiedeva però nata formola per altro molto semplice (8). Ma Teodo la promessa di una dote, senza alcun riguardo alla durre azione (9), il che Giustiniano confermò coll donne, le quali avesser per altri promessa una dote vocare il Senatoconsulto Vellejano (10).

2.° La promessa di una donazione, che Giustinian

(1) Apparentemente appartiene anche qui il caso che il padre restituzione della dote ai suoi nipoti L. 7. C. *de pact. conv.* (5. so l' espressione è inesatta come dal confronto della L. 45. D. rileva.

(2) Ulp. VI. 2. XI. 20.; Fragm. Vat. § 99.; Caj. Epit. II. ro c. 35.

(3) Ulp. VI. 2. Qui manifestamente s' intende parlare di una re Caj. l c.

(4) Ulp. l. c.; Caj. l. c. Non si oppongono Fragm. Vat. § 1

(5) Nell' *institutus* che incontrasi alterato presso Ulp. potrebb *stus tutor*. Confr. *Schulting* ad h. l.

(6) Caj. l. c.

(7) Ma che vi si dovea anche aggiungere l'accettazione, risulta 4. vers. 47. 48., e principalmente dal Donatus ad h. l. Quando la cata anche come *pollicitatio*, ciò procede senza dubbio dalla ma

(8) L. 3. C. Th. *de incest. nupt.* (3. 12.) L. 4. C. Th. *de* ma che era in uso pare essere stata « *doti tibi erunt mille* » L. § 1. L. 57. L. 59. pr. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 125. D. *de* ro « *dos est decem talenta* ». Terentius l. c.; imperocchè che T *dotis dictio* lo dice espressamente il Sigonio l. ep. 11. Confr. *Ga*

(9) L. 4. C. Th. *de dotib.* (3. 13.); L. 6. C. *de dotis prom.*

(10) L. 25. C. *ad Sct. Vellej.* (4. 29.

gliere dalla necessità della stipulazione (11). Donazione (12) *donatio*, *munus* è il libero (13), deliberato (14), e gratuito (15) arricchimento di un altro (16) con diminuzione del proprio patrimonio del donante (17). La donazione, nella quale chi dona appellasi *donans s. donator*, e chi riceve il dono, *donatarius*, può farsi 1) per l'immediato trasferimento della proprietà di una cosa (18), o per lo stabilimento di un vantaggioso *jus in re* (19), o per la cessione dell'esercizio di tal dritto (20); 2) per la concessione di un credito, sia che il donante A. obblighi sè stesso mediante una promessa (nel qual caso per effetto di un rescritto di Antonino Pio gode del beneficio della competenza (21), è risponsabile solo pel dolo e per la colpa grave (22), non è tenuto a pa-

(11) L. 35. § 5. C. *de donat.* (8. 54.) § 2. J. *eod.* (2. 7.) Nov. 162. c. 1.

(12) *Meyerfeld* La teorica delle donazioni secondo il dritto Romano 2. vol. Marb. 1835. e 37. 8.; *Savigny* Sistema vol. IV. § 142-176. Nel mio sistema del dritto Romano (Rom. 1823. 8.) nei quadri io ho posto la donazione nella parte generale, il che di poi è stato fatto anche da altri. Ma sebbene questo sia il debito posto, se si riguardi semplicemente alla natura della donazione, nondimeno per la dichiarazione e per l'intelligenza dei particolari pare conveniente di riserbar la teorica della donazione al dritto delle obbligazioni.

(13) L. 29. pr. D. *de donat.* (39. 5.) L. 10. C. *eod.* (8. 54.)

(14) L. 53. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 1. L. 26. § 3. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 9. pr. C. *eod.* (4. 5.) L. 10. C. *de donat.* (8. 54.)

(15) L. 19. § 5. 6. D. *de donat.* (39. 5.). Se solamente per apparenza siasi convenuta una controprestazione insignificante, il negozio rimane assolutamente donazione L. 38. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 46. D. *locati* (19. 2.). Nondimeno un negozio può in parte contenere una donazione, ed in parte essere oneroso L. 18. pr. D. *de donat.* (39. 5.) L. 11. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.) Confr. anche Nota 25.

(16) La circostanza che il donatario debba nuovamente spendere il ricevuto non toglie l'idea di donazione L. 3. C. *de don. quae sub modo* (8. 55.) L. 33. § 1. D. *de donat.* (39. 5.) L. 20. D. *de reb. cred.* (12. 1.). Non si oppone L. 5. § 8. 9. 10. 16. 17. L. 40. D. *de don. inter. V. et U.* (24. 1.). Ma il vantaggio deve consistere in un arricchimento, cioè dee riguardare il patrimonio, per la qual ragione la manomissione non si tiene per donazione.

(17) L. 5. § 13. 14. D. *eod.* L. 19. § 1. D. *de donat.* (39. 5.). Per conseguenza anche il comodato, e la prestazione di altri favori non si ha per donazione.

(18) L. 23. D. *de don. int. V. et U.* (24. 1.) L. 1. pr. L. 6. D. *de donat.* (39. 5.) L. 36. C. *eod.* (8. 54.). Onorio escluse qui una volta il *constitutum possessorium*, ma di poi nuovamente lo ammise L. 9. C. Th. *eod.* (8. 12.); L. 28. L. 35. § 5. C. *eod.* (8. 54.)

(19) L. 1. § 7. D. *de superfic.* (43. 18.) L. 9. pr. § 1. L. 27. D. *de donat.* (39. 5.)

(20) L. 12. § 2. L. 38. D. *de usufr.* (7. 1.)

(21) L. 12. L. 33. pr. § 3. D. *de donat.* (39. 5.) L. 19. § 1. L. 41. pr. § 2. D. *de re jud.* (42. 1.) § 38. J. *de act.* (4. 6.)

(22) L. 5. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 108. § 12. D. *de legat.* I. (30.); Theoph. IV. 1. § 13.; Collat. L. L. Rom. et Mos. X. 2.

gare interessi moratorii (23), e può ritenere i frutti r
promessa prima della contestazione della lite) (24),
ceda un credito (25), ovvero C. deleghi al donatario
re (26); 3) per la liberazione da pesi ed obbligazioni
nante o rilascia un suo credito contro il donatario, o
in re che avea sulla cosa di lui (27), o soddisfa un deb
in sua vece (28), o assume il carico di soddisfarlo (29
fa chiaro non può esser quistione di una forma gener
ne, giacchè la forma della donazione vuol esser di
l'oggetto della medesima (30). Nel tempo stesso s'i
allorchè vien donato un credito, il debitore non è da ri
nante, ed allorchè alcuno soddisfa o si impegna di so
to altrui, il creditore non si vuol riguardare come d
condizioni, le determinazioni di tempo, il *modus*,
ammesse in ciascuna donazione (32). La volontà di d
nandi certamente non può mai esser presunta, ma s
dedurre dalle circostanze (33). Intanto non basta la
donante, ma è mestieri che vi si aggiunga anche

(23) L. 22. D. *de donat.* (39. 5.)

(24) L. 9. § 1. L. 11. D. *eod.* Non si oppone L. 41. § 1. D. *d*
quale parla soltanto della vindicazione della cosa pervenuta nuova
donante.

(25) L. 2. L. 3. L. 33. C. *de donat.* (8. 54.). Qui ha luogo la
Giustiniano per rispetto alla *lex Anastasiana* vietò di vendere in pa
te un credito L. 23. C. *mandati* (4. 35.)

(26) L. 2. § 1. 2. L. 21. § 1. L. 33. § 3. D. *de donat.* (
mand. (17. 1.)

(27) L. 1. D. *de transact.* (2. 15.) L. 10. § 13. L. 12. pr.
9. pr. L. 17. L. 23. pr. D. *de donat.* (39. 5.) L. 18. C. *eod.* (
de acceptil. (46. 4.) L. 115. pr. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 1
(8. 4.)

(28) L. 4. D. *de negot. gest.* (3. 5.)

(29) L. 21. pr. D. *de donat.* (39. 5.) L. 26. § 3. D. *mand.*
novat. (46. 2.)

(30) Non è neppure generalmente esatta la proposizione che pi
la donazione si possa fare anche tra assenti mediante lettere o mess
donat. (39. 5.) L. 1. L. 13. C. *eod.* § 2. J. *eod.*, ciò non si pu
di donazione mediante stipulazione. Confr. nondimeno § 268. Not

(31) L. 21. § 1. L. 33. § 3. D. *de donat.* (39 5.) L. 12. D.
7. pr. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(32) L. 1. L. 2. § 6. 7. D. *de donat.* (39. 5.) L. 28. L. 35.
L. 1-5. C. *de don. quae sub modo* (8. 55.)

(33) L. 27. § 1. L. 34. L. 44. D. *de neg. gest.* (3. 5) L. 5
2.) L. 7. § 2. D. *pro emptore* (41. 4.) L. 12. D. *de novat.* (46

parte del donatario (34), giacchè a niuno può farsi una liberalità a suo mal grado (35). Soltanto, allorchè la natura stessa della cosa non porti, come nelle promesse di donare, la necessità di una dichiarazione espressa dell'accettazione, viene interpetrato come accettazione allorchè alcuno consapevole della intenzione del donante abbia taciuto sul suo operato, e per conseguenza abbia condisceso alla donazione (36). Ma finchè non vi è neppure un' approvazione tacita di questa maniera, il donante può cambiare la sua volontà di donare, ed è indifferente se il donatario per errore sulla volontà del donante (37), o per altra qualsivoglia ragione non abbia avuto notizia della donazione (38). Sono delle specie di donazioni che per molte particolarità si distinguono fra loro: 1) la donazione a causa di morte, *donatio mortis causa*, cioè quella donazione, che alcuno fa per la considerazione della morte che si aspetta (39). Siffatta donazione in generale vien riguardata come un legato (40), e per questa ragione è anche sempre rivocabile (41), ma siccome quella causa di donazione non può esser nota che per la dichiarazione propria del donante, così, allorchè quella causa non è stata indicata, la donazione vien sempre ritenuta come un' ordinaria donazione tra vivi, *donatio directa* s. *inter vivos* (42). 2) *La donazione universale*, allorchè alcuno dona tutto il suo avere o una quota del medesimo (43), il che veramente non costituisce una successione universale, e quindi i debiti non passano con essa (44), in quanto ai crediti poi bisogna che ne sia fatta speciale cessione al donatario (45), come pure in quanto alle cose, biso-

J. (50. 17.) L. 11. L. 15. C. *de negot. gest.* (2. 19.) L. 7. C. *de donat.* (8. 54.); Fragm. Vat. § 260. 261.

(34) L. 55. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 38. D. *de mort. caus. don.* (39. 6.) L. 26. D. *de donat.* (39. 5.); Fragm. Vat. § 263. Si trova soltanto un' eccezione in cui i principii sulle pollicitazioni sono applicabili L. 19. pr. D. *eod.*

(35) L. 10. L. 19. § 2. D. *de donat.* (39. 5.) L. 69. D. *de R. J.* (50. 17.)

(36) L. 27. § 1. L. 34. L. 44. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 11. L. 13. L. 15. C. *eod.* (2. 19.)

(37) L. 18. pr. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 36. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(38) L. 2. § 6. L. 10. L. 26. D. *de donat.* (39. 5.)

(39) L. 2-6. L. 31. § 2. L. 35. § 4. D. *de mort. caus. don.* (39. 6.). I particolari intorno a ciò si esporranno nel dritto di successione.

(40) L. 17. L. 37. pr. D. *eod.* L. 4. C. *eod.* (8. 57.) § 1. J. *de donat.* (2. 7.)

(41) L. 16. D. *eod.*

(42) L. 2. L. 13. § 1. L. 27. D. *eod.*; Fragm. Vat. § 249.

(43) L. 35. § 4. C. *de donat.* (8. 54.) L. 8. C. *de revoc. donat.* (8. 56.)

(44) L. 17. § 1. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.)

(45) L. 35. pr. D. *de donat.* (39. 5.)

gna che sieno individualmente consegnate (46), ma no
cie di donazione ha ciò di proprio che il donante oltr
cessario al suo mantenimento, può dedurre eziandio l
debiti, in quanto questi non sieno fondati pariment
ne (47). Per lungo tempo in questa donazione fu an
merare partitamente tutti gli oggetti appartenenti al
ma ciò fu abolito da Giustiniano (48). 3) *La donazion*
di un modus, la quale si ritiene come un affare oner
cisamente come un *do ut des*, ovvero *do ut facias*
intentare per l'adempimento del *modus l'actio prae*
e può eziandio aver luogo la ripetizione di ciò che
allorchè il *modus* non siasi osservato (50). Ed inolt
stituzione Imperiale, della quale non si ha esatta
modus consiste nel dover prestare gli alimenti al d
per la restituzione non solo la *condictio ob causam*
la *rei vindicatio* (51), ed allorchè il *modus* si è aggiu
terzo, anche questi si può valere dell' *actio praes*
Nella donazione di una eredità devoluta al donante
il *modus*, che il donatario assuma eziandio i debiti
per tutt'altro il *modus* si deve aggiungere espressam
atto (54). 4) *La donazione rimuneratoria*, per la
vuol mostrare riconoscente per un dono o altro f
rispetto alla obbligazione morale della gratitudine
vien considerata non già come una pura liberalità
come l'adempimento di un debito (55), e per tal

(46) Fragm. Vat. § 263.; L. 17. § 1. D. *quae in fraud. c*
de mort. caus. don. (39. 6.)
(47) L. 12. D. *de donat.* (39. 5.) L. 19. § 1. D. *de re jud.*
(48) L. 35. § 4. C. *de donat.* (8. 54.) Confr. con L. 1. L.
nat. (tit. 6.)
(49) L. 18. pr. § 1. L. 28. D. *de donat.* (39. 5.) L. 6. L.
64.) L. 9. L. 22. C. *de donat.* (8. 54.)
(50) L. 2. L. 3. L. 6. L. 8. C. *de cond. ob caus. dat.* (
donat. (8. 56.) L. 2 § 7. D. *de donat.* (39. 5.)
(51) L. 1. C. *de don. quae sub modo* (8. 55.)
(52) L. 3. C. *eod.*; Fragm. Vat. § 286.
(53) L. 28. D. *de donat.* (39. 5.)
(54) L. 4. C. *de don. quae sub. modo* (8. 55.)
(55) L. 25. § 11. D. *de hered. pet.* (5. 3.) L. 27. L. 34.
5.) L. 10. § 13. L. 12. pr. D. *mandati* (17. 1.) L. 56. § 1.

sima è irrevocabile, quando in altri casi potrebbe aver luogo la rivocazione (56), la qual cosa Adriano applicò eziandio alle scambievoli donazioni tra conjugi, fino alla concorrenza del loro reciproco valore (57); B. inoltre ciò che si è ricevuto per effetto di una donazione rimuneratoria, si ritiene come una prestazione commutativa di ciò che il donatario dal suo canto ha prestato (58); e C. la remissione di un debito di garentia, fatta per rimunerazione al fidejussore equivale per costui al pagamento (59). Nondimeno siccome il dovere della gratitudine non è un'obbligazione in senso giuridico (60), così i principii della estinzione dei debiti non si possono qui più estesamente applicare di quel che espressamente trovasi prescritto nelle fonti. Del rimanente la circostanza che il donante siasi per errore creduto obbligato alla gratitudine, quando non ve n'era alcun fondamento, non rende nulla la donazione (61); ma in questo caso essa non può considerarsi come una donazione rimuneratoria.

b) *Limitazioni della donazione.*

§ 267. Nella donazione s' incontra una moltitudine di particolari ragioni d' invalidità, o di posteriore invalidamento, le quali dipendono da ciò che le donazioni in generale non appartengono agli affari dell'utile commercio; che la diminuzione del patrimonio del donante per esse effettuata per ordinario torna mediatamente a danno di altri che ingiustamente ne rimangono lesi; che qui principalmente è da temere una seduzione o sorpresa a proprio profitto; e che anche secondo l' esperienza le apparenti liberalità non di rado procedono meno dalla beneficenza che da debolezza e da precipitazione, o da una prodiga vanagloria, ovvero dalla sola intenzione di subornare.

1° La più antica limitazione che qui si riferisce fu indubitatamente la invalidità delle donazioni tra conjugi (1).

(56) L. 34. § 1. L. 27. D. *de donat.* (39. 5.)

(57) L. 7. § 2. D. *de don. inter. V. et U.* (39. 5.)

(58) L. 25. § 11. D. *de hered. pet.* (5. 3.). Altri casi, in cui questo principio può avere applicazione, son contenuti nella L. 49. D. *de negot. gest.* (3. 5.) L. 23. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(59) L. 10. § 13. L. 12. pr. D. *mandati* (17. 1.)

(60) V. sopra § 218.

(61) L. 65. § 2. D. *de condict. ind.* (12. 6.)

(1) V. § 109. Altrettanto antica è certamente la regola che chi deve amministrare un patrimonio altrui, sebbene egli sia *loco domini* come il tutore, il *procurator omnium bo-*

2.° Forse a questa seguì per ordine di tempo il principio stabilito nell' Editto sull' *actio Pauliana* (2), che nelle donazioni di un debitore insolvente fatte in pregiudizio dei suoi creditori non si debba ricercare se vi fu dolo, ma il semplice pregiudizio dei creditori debba bastare per far cadere la donazione (3).

3.° Ma più importanti furono le limitazioni, che nell'anno di R. 550, furono introdotte dalla *lex Cincia* proposta da Marco Cincio Alimento (4). Questa legge vietò 1) agli oratori, che intervenivano per altri come avvocati, di ricever donazioni per questo fine (5), e verisimilmente vi aggiunse la pena del *crimen repetundarum* (6), alla quale però Augusto sostituì il pagamento del quadruplo ammontare del dono ricevuto (7). E per donazione in tal rincontro s' intendea ogni pagamento fatto all'avvocato per le sue cure; ma un Senatoconsulto sotto Claudio permise a siffatti avvocati di pattuire un onorario fino alla somma di 10,000 sesterzii minacciando la medesima pena del *crimen repetundarum*, se questa misura fosse oltrepassata (8). Per un Senatoconsulto sotto Nerone fu permesso agli avvocati di richiedere un proporzionato onorario, anche senza una precedente convenzione (9), purchè non si eccedessero i 10,000 sesterzii o 100 *solidi* (*aurei*), la qual somma fu sempre tenuta come il *maximum* (10). Pare che questi Senatocon-

norum cum libera administratione, ed il *filius familias*, al quale si è data la libera amministrazione del suo peculium L. 7. D. *de donat.* (39. 5.), non possa donar nulla, e lo stesso è per la rivocabilità delle donazioni a causa di morte; ma ciò è fondato sopra altre cause, che non appartengono qui.

(2) V. § 86. Noi non sappiamo assolutamente nulla sul tempo di quest' Editto, se non che Cicerone ne avea già notizia. Cic. ad Attic. I. 1.

(3) L. 6. § 11. L. 17. § 1. L. 20. pr. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.) L. 5. C. *eod.* (7. 75.)

(4) Cic. in Cat. maj. c. 4., de Orat. II. 71., ad Attic. I. 20.; Livius XXXIV. 4.; Festo p. *Muneralis*; Fr. *Brummer* ad legem Cinciam. Paris 1668. 4. Lips. 1716. 8.; *Savigny* nel Giornale per la cognizione storica del dritto vol. IV. n. 1.; *Rudorf* diss. de lege Cinc. Berlino 1825. 8. *Wenck* in praefat. ad *Hauboldi* Opusc. Acad. p. XXXVII. seg.; *W. Franke* tratt. civ. Gott. 1826. 8. n. 1.; *Schroeter* obs. jur. Rom. Jenae 1826. 8. n. 6.; *Hasse* nel Museo Renano vol. I. p. 185. seg. Io non posso uniformarmi in tutto a niuno dei sopranominati. In generale si disconosce che Giustiniano fu il primo che abolì interamente la *lex Cincia*.

(5) Tacit. Ann. XI. 5. XIII. 42. XV. 20.

(6) Tacit. Ann. XI. 6. 7.

(7) Dio Cass. LIV. 18.

(8) Tacit. Ann. XI. 7. Confr. Plin. Ep. V. 21.

(9) Sueton. in Nerone c. 17.

(10) Plin. Epist. V. 21.; L. 1. § 10-12. D. *de extraord. cognit.* (50. 13.) Confr.

sulti non avessero relazione alle proprie donazioni fatte agli avvocati, nondimeno per essi la predetta disposizione della *lex Cincia* dovè cadere in disuso; giacchè nel dritto Romano posteriore non trovasi altra limitazione alla liberalità di una parte verso il suo avvocato se non questa, che sia invalida la promessa fatta all'avvocato prima di finire la lite, intorno ad un compenso per la vittoria, *palmarium*(11), ovvero ad una porzione del guadagno, *quota litis* (12). 2) È possibile che la *lex Cincia* contenesse anche il divieto, che da quel tempo prese origine e viene attribuito ad un plebiscito, cioè che i Presidi non potessero ricevere donazione dai Provinciali (13). Nei diversi plebisciti *sul crimen repetundarum* questo divieto venne esteso a tutti gl' impiegati provinciali, anzi nella *lex julia repetundarum* di Cesare, a tutt' i Magistrati Romani ma solo in quanto non era a questi permesso, durante l'anno del loro esercizio, di ricevere in donazione da alcuno più di 10,000 sesterzii o 100 *aurei* (14). Anche i mandati Imperiali ripetutamente inculcarono questo divieto (15), ed esso fu sempre in vigore, sebbene negli ultimi tempi non fosse rigorosamente osservato. 3) Ma la disposizione principale della *lex Cincia* fu A. che le promesse di donazione di qualunque specie non obbligano, e però solo le donazioni eseguite son legalmente valide (16), e che B. anche le donazioni eseguite, allorchè oltrepassano una data misura, non debbono sempre e ad ogni modo esser valide (17). Nel primo rapporto per la donazione di cose richiedevasi assolutamente il trasferimento del possesso. Per le *res mancipi* dovea in vero aggiungersi anche la *mancipatio* o la *in jure cessio* (18), ma però queste forme non eran sufficienti senza una effettiva tradizione (19), anzi neppur

L. 3. C. *de postul.* (2. 6.) L. 2. C. *de lucr. advoc.* (12. 62.); L. 2. C. Th. *de contuss. adv.* (8. 10.)

(11) L. 1. § 12. D. *de extraord. cogn.* (50. 13.)

(12) L. 5. C. *de postul.* (2. 6.); L. 3. C. Th. *eod.* (2. 10.)

(13) L. 18. D. *de offic. praes.* (1. 18.) Confr. Plin. Epist. IV. 9. Dio Cass. LX. 25. Verisimilmente a ciò allude la frase di Festo p. *Muneralis*: « Muneralis lex vocata est qua Cincius cavit ne cui liceret munus accipere ».

(14) L. 6. § 2. D. *de lege Jul. repet.* (48. 4.)

(15) L. 6. § 3. D. *de offic. procons.* (1. 16.)

(16) Fragm. Vat. § 263. 266. 267. 268. 283. 285. 293. 294. 297. 310-316. L'opinione di *Rudorf* che questa proposizione non si contenesse nella stessa *lex Cincia*, ma che vi fosse posteriormente aggiunta ci par priva di una ragione sufficiente.

(17) Ulp. Fragm. I. 1. (V. Nota 28.); Paul. S. R. V. 11. § 6.; L. 9. § 1. L. 11. L. 21. § 1. L. 23. pr. L. 24. L. 34. § 1. D. *de donat.* (39. 5.) L. 5. § 2. 5. D. *de doli exc.* (44. 4.); Fragm. Vat. § 266. 301. 306.

(18) Fragm. Vat. § 293. 313. Più tardi si ammise come sufficiente anche la dichiarazione *nel census* L. 7. C. *de donat.* (8. 54.)

(19) Fragm. Vat. § 293. 310. 311. Confr. sopra § 166. Nota 6.

questa era sempre subito sufficiente, giacchè valse il principio che il donatario dovesse essere in istato di potersi mantenère nel possesso anche contro il donante mediante gl' interdetti *retinendae possessionis*, il che secondo l' antica teorica dell' *interdictum utrubi* presupponeva che uno avesse già posseduto le cose mobili per la maggior parte dell'ultimo anno (20). Se la donazione non riguardava cose, allora l' esecuzione dovea naturalmente essere avvenuta in quella guisa che la natura dell'oggetto richiedea, a modo di esempio per la remissione di un debito, mediante accettilazione, per la donazione di un credito, mediante delegazione o cessione (21), e per quest'ultima si richiedeva eziandio che fosse intervenuta da parte del donatario anche la contestazione della lite (22). Prima che una donazione nell'una o nell'altra guisa fosse adempita e per tal modo divenuta perfetta, poteva aver luogo *l'exceptio legis Cinciae* (23), la quale senza dubbio era un'*exceptio in rem*, e quindi non competeva al solo donante, sebbene i Sabiniani sopra ciò facessero controversia (24). Intorno al *maximum* delle donazioni determinato nella *lex Cincia* manchiamo con maraviglia di ogni notizia, e non si possono fare che incerte congetture. Per ammettere che questo *maximum* fosse asceso a 20, 000 sesterzii o 200 *solidi* (25) si potrebbe trarre argomento dalla circostanza, che per la insinuazione delle donazioni di poi introdotta, questa somma primamente ci si presenta (26); non pertanto dalle menzionate disposizioni della *lex julia repetundarum* e dai Senatoconsulti sotto Claudio e Nerone, che stanno in relazione colla *lex Cincia* (27) per lo meno con la stessa probabilità si potrebbe de-

(20) Fragm. Vat. § 293. 311.

(21) L. 2. C. *de donat.* (8. 54.) L. 2. § 1. 2. L. 31. pr. L. 35. § 2. D. *de donat.* (39. 5.)

(22) L. 33. C. *eod.*; Fragm. Vat. § 263.

(23) Fragm. Vat. § 266. 294. 310.

(24) L. 24. D. *de donat.* (39. 5.); Fragm. Vat. § 266. (Ulpianus) « Nam semper exceptione Cinciae uti potuit non solum ipse, verum ut Proculejani contra Sabinianos putant, etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio, sed et heres ejus » rel. l'*exceptio quasi popularis*, della quale altrove non si parla mai, può esser bene una perifrasi della *exceptio in rem* s. *rei cohaerens*. Non si oppone L. 21. § 1. D. *eod.* Ma intorno agli eredi veggasi la Nota 45.

(25) Cujacii Obs. VI. 18.; *Savigny* l. c. p. 32. seg.

(26) V. § 268. Nota 29.

(27) Pei due Senatoconsulti ciò è chiaro, per rispetto alla *lex Julia*, astraendo dalla intrinseca connessione delle circostanze ciò è provato da questo che la *lex Julia* avea eccettuato anche dal suo divieto le *personas lege Cincia exceptas* (Nota 33.). Pare che il rapporto delle due leggi sia questo, mentre la *lex Cincia* richiedeva soltanto che ciascuna donazione non superasse i 10,000 sesterzii, la *lex Julia* richiedeva che le donazioni,

durre che la misura fosse stata di 10, 000 sesterzii. D'altra parte è certo che non era illecita nè punibile la donazione che eccedesse la misura determinata, e che per regola non si potea neppur richiedere indietro ciò che si era donato di più; il perchè la *lex Cincia* fu chiamata *lex imperfecta* (28). Solo, allorchè il donante per errore avea omesso d'invocare la *lex Cincia*, potea con la *condictio* ripetere l'eccedente della donazione (29). Inoltre eranvi alcune persone esentate *personae lege Cincia exceptae*, le quali erano dalla legge eccettuate in ciò, che per esse A. non avea luogo alcuna rivoca della donazione a cagione di essersi oltrepassata la misura (30), B. cessava eziandio *l'exceptio legis Cinciae* contro una promessa di donazione fatta in una stipulazione formale, *promissio* (31); C. pel perfezionamento di donazioni fatte senza stipulazione bastava la semplice mancipazione di una *res mancipi* senza tradizione, e viceversa la tradizione senza mancipazione (32); e D. se la donazione proveniva da una donna, costei non avea mestieri dell'autorità del tutore perchè la donazione fosse perfetta (33). A queste persone eccettuate anche nella *lex julia repetundarum* (34) appartenevano a) i parenti e tra questi assolutamente e senza alcuna condizione i parenti dei primi cinque gradi, come pure dal sesto grado i sobrini (35), relativamente poi, anche i parenti più lontani, allorchè come donatari stavano nella potestà di alcuno, che si trovasse in uno dei predetti gradi (36), o allorchè erasi donata una dote (37); b) gli affini, ma evidentemente solo nel primo grado di af-

che un magistrato nel corso di un anno avesse ricevute da una persona, tutte insieme non superassero i 10, 000 sesterzii; nel tempo stesso essa puniva i magistrati che avessero ricevuto di più, il che non faceva la *lex Cincia*, e per conseguenza quella era più rigorosa di questa.

(28) Ulp. I. 1.

(29) Fragm. Vat. § 266.; L. 21. § 1. D. *de donat.* (39. 5.). Che non si potesse ripetere l'intero si deduce dalla prescrizione della *lex Cincia*, che le donazioni una volta eseguite rimanessero ferme sino alla somma permessa.

(30) Ulp. I. 1.; Fragm. Vat. § 249. 304. 306.

(31) Fragm. Vat. § 263. 310. 311. Confr. L. 35. pr. D. *de donat.* (39. 5.)

(32) Fragm. Vat. § 263. 310.; L. 4. C. Th. *de donat.* (8. 12.). Qui s'intende di per sè che quando anche la tradizione di una *res mancipi* avesse reso perfetta, cioè non impugnabile la donazione, nondimeno il *dominium ex jure Quiritium* non poteva trasmettersi che mediante la mancipazione.

(33) Fragm. Vat. § 259. 264.

(34) L. 1. L. 7. pr. D. *de lege Jul. rep.* (48. 11.)

(35) Fragm. Vat. § 298-300.

(36) Fragm. Vat. § 301.

(37) Fragm. Vat. § 305. 306.

finità (38); c) i conjugi, ma ben s' intende, per quei casi, in cui l' invalidità delle donazioni fatte durante il matrimonio soffre una eccezione (39); d) i fidanzati (40); e) il tutore, allorchè facea donazione al pupillo (41); f) il patrono per le donazioni fatte ai suoi liberti (42), e g) quegli che era stato in una *bonae fidei servitus*, per le donazioni fatte al suo antico padrone (43). Ma da queste prescrizioni A. la limitazione delle donazioni ad una determinata misura può dedursi tutto al più fino al tempo di Costantino, ed anche prima di questo tempo l' osservanza di quel *maximum* era di già scemata, perchè ne veniva eccettuata la remissione di crediti eventuali e le donazioni per campare da un pericolo (44), ed agli eredi del donante anche in caso di errore veniva in tutto negata la ripetizione dell' eccedente donato (45). B. Al contrario la regola che dalle promesse di donazione non nasce azione, si conservò fino a Giustiniano (46), ma nel volger del tempo fu anch' essa in varie guise ristretta e mitigata. a) Contro l' *exceptio legis Cinciae* allegata dagli eredi del donante fu per Imperiali Rescritti conceduta al donatario la *replicatio doli*, allorchè il donante erasi morto senza mutare la sua volontà (47). b) Di più la pratica non ammetteva l' *exceptio legis Cinciae* allorchè il donante avea fatto un *constitutum debiti*, o erasi lasciato delegare dal donatario ad un altro (48), c) e per un Rescritto di Antonino Pio ebbero spezial favore le donazioni tra genitori e figliuoli, su di che però le notizie non sono interamente sicure. Secondo una relazione di Costantino, Antonino avea dichiarato

(38) Fragm. Vat. § 302. 303.
(39) Fragm. Vat. § 302.
(40) Fragm. Vat. l. c. Confr. 262.
(41) Fragm. Vat. § 304.
(42) Fragm. Vat. § 308. 309.
(43) Frag. Vat. § 307.
(44) L. 23. pr. L. 34. § 1. D. *de donat.* (39. 5.); Paul. V. 11. § 6.
(45) Fragm. Vat. § 272. 294. 312.
(46) V. § 268. Nota 34.
(47) Fragm. Vat. § 259. 266. 272. 294. 312. Nel § 266. il Rescritto che il Giureconsulto vuole allegare si è forse scambiato, imperocchè quello che segue nel testo non può esser quello di cui s'intendeva parlare. Dalla L. 32. D. *de donat.* (39. 5.) noi vediamo che al tempo del Giureconsulto Cervidio Scevola gli eredi aveano ancora l'*exceptio legis Cinciae*. Ma è maraviglioso come Papiniano nella L. 27. D. *de donat.* (39. 5.) per decidere contro gli eredi si appoggia ancora semplicemente a ciò chè in concreto non vi sia alcuna vera donazione, ma soltanto un' assicurazione di compensare i servigii prestati, quantunque egli già conosceva la teorica mutata, come i Fragm. Vat. § 259. e 294. ne mostrano.
(48) L. 2. § 2. L. 21. pr. L. 33. pr. § 3. D. *de donat.* (39. 5.)

produttiva di azione ogni manifesta promessa di donazione tra padri e figliuoli, e per conseguenza l'avea qui dispensata dalla stipulazione, che in altri casi era necessaria per le *personas exceptae* (49); ma il Rescritto potè forse contener soltanto il principio che per le donazioni senza stipulazione tra padri e figliuoli il perfezionamento, che allora si richiederebbe col mezzo dell' esecuzione, si dovesse ritener senz' altra pruova, allorchè il donante avesse rilasciato al donatario un attestato del seguito perfezionamento, imperocchè dopo quel rescritto trovasi siffatto principio (50), mentre l'azione nascente dalle promesse di donazioni non stipulate eziandio tra padri e figliuoli fu anche molto più tardi rigettata (51). Intanto è verisimile che alcuni dal Rescritto di Antonino effettivamente dedussero che per le donazioni tra padre e figliuoli non si richiedesse alcuna forma(52), e Costantino rinnovò in questo senso la disposizione di Antonino (53), e però dopo quel tempo le promesse di donazione di qualunque specie qui producevano assolutamente azione (54). Del resto per le donazioni fatte dal padre ai figli sotto la sua potestà questi principi non erano applicabili che condizionalmente. Imperocchè sebbene l'antica regola che tra padre e figliuoli sotto la potestà non possano intervenire affari giuridici con effetti civili (55), fosse sotto gli Imperatori per rapporto alle donazioni in parte abbandonata, pure non si venne mai ad ammettere altro, se non questo che le donazioni e le promesse di donazione del padre, allorchè questi moriva senza averle rivocate, o avea emancipato il figlio donatario, acquistavano per tal mezzo posteriormente la validità, e per conseguenza si aveano a trattare non come istituzione di un peculio, ma secondo i principi sopra le donazioni tra genitori e figliuoli (56). d) Il perfezionamento delle donazioni per mez-

(49) L. 4. C. Th. *de donat.* (8. 12.)

(50) Fragm. Vat. § 252. 265. 297. 314.

(51) Fragm. Vat. § 263. 268. 285.

(52) Altrimenti non si comprende come Costantino possa esser venuto alla sua interpetrazione sul senso del Rescritto, e Paolo ancora IV. 1. § 11. accenna ad una siffatta opinione: « filio quibuscumque verbis a patre fideicommissum relictum jure debetur: sufficit enim inter conjunctas personas quibuscumque verbis, *ut in donatione*, voluntas expressa. ».

(53) L. 4. C. Th. *de donat.* (8, 12.) Confr. L. 7. C. Th. *eod.*

(54) Intorno ad una posteriore limitazione di questo principio per parte dello stesso Costantino veggasi § 268. Nota 19.

(55) V. sopra § 246. Nota 33-37.

(56) Paolo V. 11. § 3.; Fragm. Vat. § 255. 256. 258. 266. 274. 277. 278. 279. 281. 292. 294. 295. 296. 314.; L. 1. C. Hermog. *de donat.* (tit. 6.); L. 17. C. *eod.*

zo dell' esecuzione fu anche per le persone non eccettuate dalla *lex Cincia* in più maniere agevolato, riconoscendosi come sufficiente esecuzione il così detto *constitutum possessorium*, specialmente colla riserva dell' usufrutto sulle cose donate (57). Che anzi l'Imperadore Decio nelle donazioni fatte ai fanciulli al di sotto di sette anni *infantes* dichiarò la tradizione ad essi fatta come una valida esecuzione, se il tutore posteriormente avesse data la sua approvazione (58), e più tardi per tutte le cose la semplice tradizione fu riguardata come una sufficiente perfezione della donazione (59). Alcune altre modificazioni del tempo posteriore, le quali han rapporto all' insinuazione delle donazioni, saranno più opportunamente esposte allorchè di questa si farà parola.

Continuazione.

§ 268.

4.° Sotto gl' Imperadori il dovere di lasciare una legittima agli eredi legittimarii fu esteso in ciò, che questi eredi potessero impugnare anche le donazioni inofficiose, allorchè il loro autore avesse consumato tanto in donazioni che dal suo primo patrimonio non rimanesse loro intatta neppure la legittima (1). La prima traccia di ciò trovasi in un Rescritto di Alessandro Severo (2), il quale potè essere anche la fonte di siffatta estensione, sebbene ciò non si scorga positivamente, ma i particolari intorno a ciò debbono riserbarsi al dritto di eredità.

5.° Al dritto conceduto da Claudio ai *patroni* di rivocare la manomissione a cagione dell' ingratitudine dei liberti, (3) l' Imperadore Fi-

(8. 54.) L. 31. § 2. D. *eod.* (39. 5.). Del resto parecchi di questi passi mostrano che questo nuovo principio incontrò molta opposizione, e che parecchi Imperadori si attennero all' antica regola.

(57) Questo si fa chiaro da ciò che più tardi fu un' altra volta di nuovo ordinato il contrario, sebbene per breve tempo. Veggasi § 268. Nota 23.

(58) L. 3. C. *de adq. poss.* (7. 32.). Che questo luogo molto controverso (Confr. § 156. Nota 6.) si riferisca al perfezionamento della donazione in conformità della *lex Cincia*, e che per conseguenza non debba essere inteso che delle cose donate, è a mio credere fuor d' ogni dubbio. Ma dalla L. 26. C. *de donat.* (8. 54.) L. 2. C. Th. *eod.* (8. 12.) si potrebbe dedurre che questo passo si rapporti solo alle cose mobili.

(59) Nel Fragm. Vat. § 249. che è una legge di Costantino ciò viene o presupposto o introdotto. Confr. Lex Rom. Burg. tit. 22.

(1) L. 1. C. *de inoffic. dom.* (3. 29.); Fragm. Vat. § 280. 282.

(2) L. 87. § 3. D. *de legat.* II. (31.)

(3) V. § 131. Nota 10.

lippo l' Arabo aggiunse la facoltà che i *patroni*, anche senza distruggere la manomissione, potessero punirne l' ingratitudine con la rivoca delle donazioni ad essi fatte (4). Anzi pare che Diocleziano fosse stato inclinato a permettere illimitatamente ai *patroni* la rivoca delle loro donazioni (5). Questo non fu per certo il dritto vigente; ma Costantino permise al *patrono* di poter rivocar le sue donazioni senza rispetto ad ingratitudine, almeno quando al tempo delle medesime non avesse avuto figliuoli, e di poi fosse venuto ad averne (6). Dopochè Costantino ebbe permesso anche la rivoca dell' emancipazione a cagione d' ingratitudine (7), non solo diede parimente al padre il dritto di punir l' ingratitudine dell' emancipato colla rivocazione delle donazioni fattegli (8), ma estese eziandio alla madre la facoltà di rivocar per ingratitudine la donazione fatta ai suoi figliuoli, purchè non fosse passata a seconde nozze. (9) Giustiniano infine permise ad ogni donante la rivocazione della sua donazione per cagione di una provata ingratitudine, ma questa facoltà fu data solo a lui medesimo, e non già anche ai suoi eredi (10), nello stesso modo che già per innanzi si osservava pel *patrono* e pei genitori (11).

6.° L' uso introdotto per sicurezza della pruova non solo di formare un istrumento di donazione, o almeno un attestato del perfezionamento della medesima avvenuto mediante l' adempimento, ma ancora d' insinuare la donazione in *gesta curiae*, cioè di farla iscrivere nel protocollo di un Senato Municipale (12), fu occasione che Costanzo Cloro elevasse questa insinuazione a condizione di validità di ogni donazione (13), in seguito di che Costantino pubblicò parecchie costituzioni relative a questo nuovo ordinamento. Da prima veramente pare che egli vacillasse nel suo piano; imperocchè mentre avea reso più difficile il

(4) L. 1. C. *de revoc. donat.* (8. 56.); Fragm. Vat. § 272.
(5) Fragm. Vat. § 313.
(6) L. 8. C. *de revoc. donat.* (8. 56.)
(7) Fragm. Vat. § 248. Questo passo qui sopra § 131. Nota 12 ci è sfuggito, e per conseguenza la L. un. C. *de ingratis liberis* (8. 50.) di Valentiniano I. è stata indicata come la fonte della rivoca dell'emancipazione, il che qui correggiamo.
(8) Fragm. Vat. § 248. Confr. L. 9. C. *de revoc. don.* (8. 56.)
(9) L. 7. C. *eod.*
(10) L. 10. C. *eod.*
(11) Fragm. Vat. § 272.; L. 7. C. *eod.*
(12) Confr. Fragm. Vat. § 265. 266. in fine 268. 285. 288. 297. L. 10. L. 13. C. *de donat.* (8. 54.)
(13) Costantino suo figliuolo riferisce questo nella L. 1. C. Th. *de sponsal.* (8. 3.) L. 3. C. Th. *de donat.* (8. 12.)

requisito dell' insinuazione aggiungendo che questa non potesse validamente farsi che nella Patria del donante (14), ed avea annullato tutte le donazioni fatte dopo Costanzo Cloro, per le quali non si fosse osservata *l' insinuazione*, ancorachè fossero semplici donativi di fidanzati (15), dall' altro lato poi mitigò questo rigore in più punti, giacchè prescrisse che quando un figliuolo emancipato al di sotto di sette anni *infans* avesse ricevuto una donazione di fondi, la formazione di un istrumento di donazione, e l' immissione di uno schiavo per parte del fanciullo nel possesso del fondo fosse sufficiente senza l'insinuazione (16), e poco dopo richiamò di nuovo alla memoria la disposizione di Antonino sulle donazioni tra padri e figliuoli, come pure gli antichi principii sul più agevole perfezionamento delle donazioni per le *personae lege Cinciae exceptae* (17). Ma dipoi egli dispose che l' esecuzione di ogni donazione dovesse avvenire in presenza di testimoni, che si dovesse distendere un atto che indicasse il donante e tutte le cose donate, e che questo si dovesse iscrivere nel protocollo della Curia (18); ed ancora in seguito di un dubbio elevato vi aggiunse una dichiarazione autentica, che anche i più prossimi parenti, e gli stessi padri e figliuoli non ne fossero eccettuati, ma intanto permise che l' insinuazione si facesse in quel luogo che meglio piaceva (19). Senza dubbio non fu più ritenuto per necessario di osservare la misura delle donazioni prescritta dalla legge Cincia, imperocchè posteriormente non se ne trova più fatta menzione; nondimeno le promesse di donazioni non acquistavano per effetto della insinuazione la forza di poter fondare un' azione (20), ma invece la regola che solo le donazioni eseguite fossero legalmente valide, rimase in voga come prima (21) fino a Giustiniano (22). Onorio riprovò pure che la riserba dell' usufrutto sulle cose donate si tenesse come un surrogato della tradizione (23).

(14) L. 3. C. Th. cit. del 316.

(15) L. 1. C. Th. *de sponsal.* (3. 5.) del 316.

(16) L. 2. C. Th. *de donat.* (8. 12.) L. 26. C. *eod.* del 316.

(17) L. 4. C. Th. *eod.* del 319. Confr. L. 7. C. Th. *eod.* e Fragm. Vat. § 249. nelle parole: » hinc enim nuper exceptis personis » etc.

(18) Fragm. Vat. § 249.; L. 1. C. Th. *eod.*; L. 25. C. *eod.* del 323.

(19) L. 5. C. Th. *eod.*; L. 27. C. *eod.* del 333.

(20) Di altra opinione è *Rudorf* l. c. § 13.

(21) L. 6. L. 7. L. 8. C. Th. *eod.*; L. 8. C. *de sponsal.*; (3. 5.); edict. Theodorici c. 52.; lex Rom. Burg. tit. 22.

(22) V. Nota 34.

(23) L. 8. C. Th. *de donat.* (8. 12.)

il che in vero egli medesimo poco di poi cambiò (24). Dopo quel tempo non seguirono altre nuove limitazioni delle donazioni, ma anzi le antiche furono parte abolite, e parte mitigate. Del rimanente la quistione se la dispensa dalla insinuazione delle donazioni Imperiali, come pure delle donazioni alle Chiese ed agli stabilimenti Pii, che Giustiniano attribuisce ai primi Imperadori (25), appartenga a questo tempo posteriore (dopo Onorio), ovvero fosse stata già per innanzi introdotta, rimane indecisa, giacchè la fonte di cosiffatta dispensa non si trova (26). Ma, prescindendo da alcune nuove disposizioni sulle autorità competenti per la insinuazione (27), possono qui con sicurezza rapportarsi i seguenti cambiamenti. 1) Teodosio II.A. per le *donationes ante nuptias* dispose che queste non solo come promesse di donazione dovessero produrre azione, purchè se ne fosse formato un istrumento (28), ma non avessero neppure mestieri della insinuazione, allorchè la donazione era di un valore al di sotto di 200 solidi (29); B. ma per qualunque donazione poi volle che, quando ne fosse già seguita l'esecuzione, non occorresse più esaminare se si fosse formato un istrumento o no (30). 2) Zenone, il quale confermò questa dispo-

(24) L. 9. C. Th. *eod.*, L. 28. C. *eod.*

(25) L. 34. pr. C. *eod.* L. 19. C. *de sacros. eccles.* (1. 2.)

(26) Probabilmente non vi fu intorno a ciò alcuna costituzione espressa, ma l'esenzione delle donazioni Imperiali s'intendeva da sè stessa, imperocchè le convenzioni Imperiali, secondo la teorica più recente, aveano *legis vicem* L. 16. C. *de don. inter V. et U.* (5. 16.), e l'esenzione delle donazioni alle Chiese potè derivare dal favore per la dotazione delle medesime dopo Costantino, come pure la L. 19. C. *de sacros. eccles.* (1. 2.) fa notare, che essa non fu espressamente stabilita.

(27) L. 30. L. 32. C. *de donat.* (8. 54.)

(28) Ciò non fu altro che una conferma della conseguenza della massima che i fidanzati appartenevano alle *personae exceptae*. V. § 267. Nota 39.

(29) L. 8. C. Th. *de sponsal.* (3. 5.). Qui debbo notare che io tengo per un doppio errore quando ordinariamente si ammette 1) che l'eccezione dalla insinuazione per le donazioni al di sotto di 200 solidi qui non sia introdotta ma di già presupposta, e 2) che questa eccezione valesse per tutte le donazioni al di sotto di 200 solidi e non semplicemente per le *donationes ante nuptias*. Quest'ultimo per verità ha apparentemente in suo favore il § 2., J, *de donat.* (2. 7.); ma non si trova nulla di questi 200 solidi eccetto nella lex Rom. Burg. tit. 22., in cui essa si riferisce soltanto alle *donationes ante nuptias*. Le istituzioni l. c. danno soltanto una notizia storica alquanto inesatta, come accade anche in altri luoghi. Giustiniano medesimo nella L. 34. pr. C. *de donat.* (8. 54.) lascia anche travedere che i 200 solidi riguardavano soltanto le *donationes ante nuptias*, giacchè altrimenti egli non avrebbe avuta alcuna occasione di far quivi menzione di queste donazioni.

(30) L. 29. C. *de donat.* (8. 54.)

sizione, nel tempo istesso dichiarò non necessaria la
stimoni, che Costantino avea richiesta per l' insinu
donazioni, che non avean d' uopo di alcuna insinuazi
ficiente una scrittura privata di donazione formata se
ne di pubblici uffiziali (31). 3) Finalmente Giustinian
numero di disposizioni che qui son da notare : A. du
rette all' abolizione totale della *lex Cincia*. a) La
credito si vuol ritenere come perfetta e compiuta per
sione, senza che vi sia mestieri della contestazione d
te del donatario (32). b) Non solo la riserva dell' usu
donate può surrogare la tradizione, come già per in
sciuto (33), ma di più le promesse di donazione debb
te produrre azione, cosicchè si può adoperare un me
mento per far seguire la tradizione, e ciò non solo ne
pulazione formale, ma eziandio nel caso di un sempl
presupposto però che siasi formata una scrittura di
nel che, o che si tratti di una donazione speciale, o
ne universale, non è più d' importanza l' indicazione

(31) L. 31. C. *eod.* Le donazioni, di cui qui s' intende parlare,
gno d'insinuazione, probabilmente oltre alle *donationes ante nupt*
solidi (Nota 23.) sono anche le donazioni alle Chiese ed agli Stabil
zioni fatte dall' Imperadore (Nota (25. e 26.)

(32) L. 33. C. *de donat.* (8.54.)

(33) V. Nota 24.

(34) L. 35. § 5. C. *eod.* Per essa fu la *lex Cincia* per la prima
brogata, ed è assolutamente falso ciò che ordinariamente si amme
prima già perduto la sua applicazione. Nella L. 35. § 5. C. cit. non
l' espressione che una promessa di donazione senza formalità, medi
essere civilmente obbligatoria; ma la massima qui esposta che si p
una stipulazione è parimente qualche cosa di nuovo. In tutte le nos
lex Cincia essa non trovasi come regola, ma soltanto come eccezione
come le donazioni tra ascendenti e discendenti e le *donationes ante*
niano potè egli medesimo ignorare onde avesse tratto origine il princi
quindi potè dire in buona fede nella Nov. 162. c. 1. che la *lex Cin*
era stata già un altra volta abolita.

(35) La necessità dell' istrumento di donazione introdotta da
stantino (Nota 13. e 17.) non fu mai generalmente abrogata, e la I
(8. 54.) dal principio alla fine suppone sempre la necessità della sc
gore anche adesso una promessa di donazione per produrre obbli
mestieri della scrittura. Confr. anche Nov. 52. c. 2. La Novella 5
ma a disporre che per le donazioni al di sotto di 50. solidi non
titolo.

ma si richiedeva degli oggetti donati (36), e tanto meno l' impiego di alcune formole di donazione divenute usuali (37). B. le altre prescrizioni, che qui rimangono a dire, riguardano le insinuazioni: a) questa continua ad esser necessaria solo nelle donazioni, che oltrepassano una determinata misura. Da prima Giustiniano determinò questa misura a 300 *solidi* anche per le *donationes ante nuptias*, invece dei 200 *solidi*, che per queste erano in prima sufficienti (38), e per le donazioni per cause pie e di beneficenza *ad pietatem* la determinò a 500 *solidi* (39). Ma più tardi egli medesimo generalmente stabilì la somma di 500 *solidi* come la misura che rendeva necessaria l' insinuazione (40), eccetto per le donazioni di perpetue prestazioni annuali, le quali debbono assolutamente insinuarsi (41). b). Se si è fatta donazione al di là di questa somma senza la debita insinuazione, allora vi è luogo a ripetere quel che si è donato di più, ma in tal caso, quando la donazione non consista in danaro, il donatario può evitare la restituzione rimborsando il valore del dippiù che ha ricevuto, e quando egli non voglia ciò fare, il donante mediante il pagamento di 500 solidi può richiedere la restituzione dell' intero (42). c) Le donazioni fatte in diversi tempi non debbono computarsi insieme, ma per ciascuna di esse particolarmente si dee vedere se ecceda o no la misura (43). d) Alcune donazioni sono al tutto dispensate dalla insinuazione, cioè le donazioni fatte dal Sovrano (44), e viceversa quelle che a lui medesimo son fatte (45); le donazioni alle Chiese ed agli stabilimenti pii (46), colle quali però non son da confondere quelle che hanno uno scopo di beneficenza, *ad pietatem* (47); le donazioni di prestazioni annuali per tutta la vita (48); le

(36) L. 35. pr. § 1-4. C. *eod.*
(37) L. 37. C. *eod.*
(38) L. 34. pr. C. *eod.*
(39) L. 34. § 1. C. *eod.*
(40) L. 36. § 3. C. *eod.*
(41) L. 34. § 4. C. *eod.*
(42) L. 34. § 2. L. 35. § 3. C. *eod.*
(43) L. 34. § 3. C. *eod.* Io non potrei indicare se il dubbio, che eravi intorno a ciò fra gli antichi, secondo che il testo dice, riguardasse la misura della *lex Cincia*, ovvero i 200 solidi nelle *donationes ante nuptias*. Ma la prima cosa è più verisimile per la espressione *veteres* che troviamo usata.
(44) L. 34. pr. C. *eod.*
(45) Nov. 52. c. 2.
(46) L. 19. C. *de sacros. eccles.* (1. 2.) L. 34. pr. C. *de donat.* (8. 54.)
(47) L. 34. § 1. C. *eod.* Da ciò spontaneamente si deduce essere inesatto il volere eccettuar dalla insinuazione anche le donazioni remuneratorie, siccome molti fanno.
(48) L. 34. § 4. C. *eod.*

donazioni pel riscatto di prigionieri (49); le donazioni
soldati (50); e le donazioni per riedificare edifizii in
tanto a queste eccezioni espressamente riconosciute
possono aggiugnere eziandio quelle che si fanno per ca
ricolo, e la remissione di crediti semplicemente eve
nelle Pandette fu ricevuto l'antico principio, che si ra
Cincia, cioè che in queste non si debba por mente alla

IV. Contratti d'intercessione;

1) *Fidejussione.*

§ 269. Una classe di contratti per molte particolari
formata da quelle convenzioni, per le quali alcuno in
vale a dire obbliga sè medesimo o le sue cose per un
Il principal contratto di questa spezie è la garentia o
tio (2), per la quale intendesi il contratto, con cui alc
pulazione promette di voler rispondere di un debito altr
te ed accessoriamente al debitore principale (3). I Ro
stipulazione aveano tre forme diverse, secondo le quali
devano in *sponsores*, *fidepromissores*, *e fidejussores*,
diversi formolari da prima non era indifferente, giac
e i fidepromissores, e spezialmente i primi godevano
ri tendenti ad alleviare il loro obbligo, e di cui i fidej
cipavano (4). Ma Giustiniano tralasciò questi favori g
svaniti degli *sponsores e fidepromissores*, e quindi o
si hanno a trattare come fidejussori. La teorica della fi
ridurre ai seguenti principii.

1.° La fidejussione come intercessione presuppone

(49) L. 36. pr. C. *eod.*
(50) L. 36. § 1. C. *eod.*
(51) L. 36. § 2. C. *eod.*
(52) L. 23. pr. L. 34. § 1. D. *eod.* (39. 5.)

(1) La *obligatio rei*, cioè l'oppignorazione di una cosa non è cer
zione obbligatoria; ma quando essa si fa per un debito altrui, e per
una intercessione, può produrre dei rapporti di obbligazione tra il
bitore, ed in ogni caso dee quì aversi in considerazione.

(2) L. 1. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.) L. 2. § 1. 3. D. *quod leg*
de stipul. praet. (46. 3.) L. 61. D. *de V. S.* (50. 16.)

(3) L. 1. § 8. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(4) Caj. III. 115. seg.

tivo (5). Intanto essa può validamente farsi anticipatamente per un debito futuro (6); è anche sempre sufficiente una *obligatio naturalis* (7); e persino una *obligatio inefficax*, almeno quando era nota l'eccezione che vi si potea opporre (8). Non importa qual sia l'oggetto del debito, o quale il fondamento della sua origine (9); solo, secondo il dritto antico la sponsione e la fidepromissione avean luogo semplicemente per le obbligazioni di stipulazione (10), e Graziano dichiarò nulla la convenzione, con la quale la moglie si facesse prestare sicurtà per la restituzione della dote (11).

2.° Chi in generale può obbligarsi mediante convenzione può anche prestar garentia (12), e parimente si può prestar garentia per ogni debitore e ad ogni creditore. Secondo una *lex Cornelia*, di cui non si ha perfetta notizia (13), non era ammesso che una medesima persona facesse sicurtà in un anno pel medesimo debitore, o al medesimo creditore per più di 20,000 sesterzii, eccetto pochi casi, ai quali segnatamente si annoverano la sicurtà per la costituzione di una dote, e per l'adempimento di un legato, e più tardi anche pel pagamento della *vicesima hereditatum* (14). Ma nel dritto di Giustiniano non si trova nulla di ciò. Al contrario si trovano qui ancora le seguenti limitazioni: 1) Nelle obbligazioni naturali tra un padre di famiglia e quei che stanno sotto la sua potestà è valida soltanto quella fidejussione che altri fa per costoro al padre di famiglia, ma non viceversa pel padre di famiglia a costoro (15); 2) i soldati, le donne, e i minori sono al tutto esclusi dal fare sicurtà giudiziali (16); e 3) i primi dall' in-

(5) L. 1. § 2. L. 6. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 11. L. 29. L. 46. L. 47. pr. L. 56. pr. L. 70. § 4. 5. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(6) L. 6. § 2. D. *eod.*

(7) § 2. J. *eod.* (3. 20.) L. 6. § 1. L. 7. L. 16. § 3. 4. L. 25. D. *eod.*; Caj. III. 119.

(8) L. 37. D. *eod.* Confr. con L. 1. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(9) L. 1. L. 2. L. 8. § 1-6. L. 56. § 3. L. 70. § 4. D. *de fidejuss.* (46. 1.) § 1. J. *eod.* L. 37. D. *mand.* (17. 1.)

(10) Caj. III. 119.; in ciò senza dubbio stava la ragione, perchè gli antichi Romani ordinariamente adoperavano la stipulazione anche nei contratti, che senza di essa avrebbero prodotto obbligazioni civili.

(11) L. 1. C. *ne fidejuss. dotis dentur* (5. 20.)

(12) L. 3. L. 19. L. 20. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(13) V. La mia St. § 56.

(14) Caj. III. 124. 125.

(15) L. 56. § 1. L. 69. § 3. D. *eod.*; Caj. III. 119.

(16) L. 8. § 1. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.)

peradore Leone furono anche esclusi dal prestar sicurtà per gli affitti di fondi (17); 4) Giustiniano inoltre vietò agli ecclesiastici di far sicurtà per gli appaltatori d'imposte, per gli amministratori del Fisco, e pei procuratori di lite (18).

3.° Per rispetto alla forma la fidejussione non richiede nulla oltre a ciò che richiede una valida stipulazione, per la cui forma, trattandosi di fidejussione i più recenti Romani poco si curarono anche delle parole da adoperarsi (19). Nel dritto posteriore non si trova più menzione della disposizione di un antico ignoto plebiscito, che cioè il creditore dovesse fra trenta giorni pubblicamente far noto perchè gli fosse stata prestata sicurtà, e chi fossero i garanti, e se ciò non avesse fatto, costoro mediante un' azione pregiudiziale poteano costringerlo a liberarli, la qual cosa per verità quella legge avea prescritta solo per rapporto agli *sponsores e fidepromissores*, ma nondimeno si applicava eziandio alla fidejussione (20). Per contrario ne' tempi più recenti si prese l' usanza di prestar le fidejussioni per iscritto, tanto che per gli editti dei Prefetti del Pretorio fu disposto che le fidejussioni verbali non potessero obbligare che per due mesi, e ciò produsse infine una disposizione molto particolare di Giustiniano intorno alla forma delle medesime. 1) La fidejussione vale illimitatamente sol quando la scrittura si aggiunga alla stipulazione, nondimeno qui la stipulazione si finge avvenuta, allorchè nel titolo è dichiarato che taluno siasi obbligato per sicurtà. 2) Le fidejussioni semplicemente verbali regolarmente non valgono che per due mesi. 3) Intanto si fa eccezione per la fidejussione *cum attestatione*, cioè innanzi al Magistrato o a'testimoni, la quale per gli affari pubblici equivale ad una fidejussione scritta, e per gli affari privati ha almeno questo effetto, che, quando si è indicato un determinato tempo per la fidejussione, essa rimane valida per tutto quel tempo (21).

4.° Un principio generale limitativo è che la fidejussione non può riguardare un oggetto diverso, nè esser di fondamento ad un' obbligazione più grave del debito principale; e però si può bene prestar sicurtà sol per una parte, o sotto condizione, o con determinazioni più favorevoli di tempo, o sotto riserva d' un dritto di scelta tra più pre-

(17) L. 31. C. *de locat.* (4. 65.)
(18) Nov. 123. c. 6.
(19) L. 8. pr. L. 65. D. *de fidejuss.* (46. 1.) § 7. J. *eod.* L. 12. C. *eod.*
(20) Caj. III. 123.
(21) L. 27. C. *eod.* § 8. J. *eod.*

stazioni; ma per contrario il fidejussore non può validamente promettere più di ciò che deve il debitore, ovvero obbligarsi senza condizione per un debito condizionale, o accettar delle determinazioni di tempo più svantaggiose, o rinunziare ad un dritto di scelta competente al debitore (22).

5.° Se la fidejussione non è determinatamente ristretta ad una parte, il fidejussore non altramente che lo stesso debitore è tenuto non solo per tutto l'ammontare del debito, ma anche per tutti gli interessi accessori del creditore (23), eccetto le pene in cui il debitore sia incorso (24), e quelle pretensioni, che sien fondate sopra una nuova convenzione. (25) Ma d'altra parte il fidejussore, da pochi casi in fuori (26), ha eziandio tutte le eccezioni che competono al debitore (27).

6.° Se più persone han fatto sicurtà pel medesimo debito, ciascuna è tenuta per intero; nondimeno la primitiva obbligazione solidale di tutti i confidejussori fu di molto temperata: 1) da prima una *lex Apuleja* del sesto secolo di Roma fatta anche per le Province (28) dispose che, quando uno di più sponsori o fidepromissori abbia pagato il tutto, possa rivolgersi contro degli altri pel rimborso di una parte proporzionata (29). 2) Poco di poi una *lex Furia* fatta solamente per l'Italia aggiunse eziandio che uno sponsore o fidepromissore convenuto non pos-

(22) Caj. III. 126.; § 5. J. *eod.* L. 6. § 1. L. 8. § 7-11. L. 9. L. 16. § 1. 2. 5. L. 34. L. 49. § 2. L. 70. pr. § 1. 2. D. *eod.* L. 27. C. *eod.* (8. 41.) L. 33. D. *mandati* (17. 1.). Non si oppone L. 22. pr. § 1. D. *eod.*

(23) L. 45. § 6. D. *eod.* L. 54. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 24. § 1. D. *de usuris.* (22. 1.) L. 32. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 49. pr. L. 91. § 4. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 4. § 1. L. 56. § 2. L. 58. § 1. L. 61. L. 68. § 1. D. *de fidejuss. empt. et* (46. 1.) L. 2. § 12. D. *de adm. rer. ad civ. pert.* (50. 8.) L. 5. C. *de pact. int. vend.* (4. 54.). Una speciale limitazione ha luogo nella fidejussione per la prestazione di cose, in cui il fidejussore è responsabile soltanto del prezzo delle cose al tempo della fidejussione L. 22. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(24) L. 68. pr. L. 73. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 17. § 15. D. *ad munic.* (50. 1.) L. un. C. *de peric. eor qui pro mag.* (11. 34.)

(25) L. 54. L. 64. D. *de fidejussor.* (46. 1.) L. 7. C. *de locat.* (4. 65.) L. 13. § 11. D. *eod* (19. 2.) Confr. con L. 4. C. *de usuris* (4. 32.). Non si oppone L. 55. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(26) § 4. J. *de replicat.* (4. 14.) L. 29. pr. D. *mandati* (17. 1.) L. 7. § 1. L. 19. D. *de except.* (44. 1.) L. 21. § 4. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.) L. 15. pr. L. 32. L. 49. pr. D. *de fidejussor.* (46. 1.). Da ciò segue spontaneamente che il fidejussore non possa esser convenuto prima che il debito sia scaduto L. 57. D. *eod.*

(27) L. 21. § 5. L. 22. L. 23. D. *de pactis* (2. 14.) L. 58. § 1. D. *mandati* (17. 1.) L. 9. § 3. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 60. D. *de fidejussor.* (46. 1.)

(28) V. la mia St. § 55.

(29) Caj. III. 122.

sa in generale esser tenuto a pagare che una porzione virile secondo il numero de' suoi confidejussori viventi, senza distinzione se questi sieno solvibili o no; e che uno sponsore, il quale abbia pagato di più possa anche richiedere dal creditore il di più che ha pagato (30). 3) Un Rescritto di Adriano *Epistola divi Hadriani* estese ciò anche ai fidejussori, colla sola modificazione che i confidejussori dovessero esser solvibili (31), che il fidejussore, il quale domanda la divisione, non siasi renduto colpevole di dolo verso il creditore, e non abbia negata la fidejussione (32), e che chi una volta ha pagato l' intero non possa chiedere dagli altri il rimborso (33). 4) Dopo che tutti i garanti furono ridotti alla medesima condizione *l'Epistola divi Hadriani* divenne la norma generale, e i principii della *lex Apuleja e lex Furia* non ebbero più applicazione 5). Prima di Giustiniano erano i confidejussori anche interamente liberati allorchè il creditore erasi rivolto contro un solo, e questi, senza opporre l' eccezione della divisione, avea contestata la lite relativamente a tutto il debito; ma questo cessò per la disposizione di Giustiniano con la quale per questo rapporto appunto prescrisse che il semplice rivolgersi del creditore contro un *correus* non dovesse liberare gli altri (34).

7.° Fino a Giustiniano il debitore principale ed il fidejussore erano anche tenuti solidalmente (35), salvo allorchè la fidejussione riguardava un'*obligatio naturalis* (36), o allorchè il fidejussore come un così detto *fidejussor indemnitatis* avea semplicemente fatto sicurtà per quello che non potesse ottenersi dal debitore principale (37). Ma Giu-

(30) Caj. III. 121. IV. 22.

(31) Caj. III. 121.; § 4. J. *de fidejussor.* (3. 60.) L. 10. pr. L. 26. L. 27. pr. § 2. L. 28. L. 51. § 1-5. L. 52. § 1. D. *eod.* L. 3. L. 10. § 1. L. 16. C. *eod.* I fidejussori di diversi *correi debendi* naturalmente non si debbono riguardare come confidejussori L. 43. L. 51. § 2. D. *eod.*, e tanto meno il fidejussore, ed un altro fidejussore che egli medesimo si abbia costituito, *fidejussor fidejussoris* L. 27. § 4. D. *eod.*

(32) L. 10. § 1. D. *eod.*

(33) § 4. J. *eod.* L. 39. L. 49. § 1. D. *eod.* L. 11. C. *eod.* Da Cajo III. 122. noi vediamo che anche pei *sponsores* e *fidepromissores* in ciò si quistionava, se costoro potessero anche *ex lege Apuleja* domandare il rimborso, dopo che la *lex Furia* avea dato loro il *beneficium divisionis.*

(34) L. 28. C. *eod.* Confr. L. 3. L. 10. § 1. L. 16. L. 19. C. *eod.*

(35) L. 3. L. 5. L. 19. L. 21. C. *eod.* Anche nel chiedere le restituzione contro la perdita del dritto il creditore avea la scelta di rivolgersi a chi egli voleva L. 38. § 4. D. *de solut.* (46. 3.). Il mio trattato della restituzione nello stato primiero, p. 529. seg.

(36) V. Nota 7.

(37) L. 16. § 6. L. 41. pr. D. *de fidejussor.* (46. 1.) L. 5. L. 17. C. *eod.* L. 1. C. *de conv. fisci debil.* (10. 2.)

stiniano concedè al fidejussore la così detta *exceptio excussionis*, per la quale il fidejussore non debb'esser risponsabile che dopo il debitore, e solo per quello che non si possa ottenere da questo, salvo allorchè il debitore sia assente e non si presenti fra un discreto termine che si dovrà concedere al fidejussore (38), e quattro anni dopo il medesimo Giustiniano aggiunse a compimento che quando nel contrarre un debito divisibile più persone han promesso di voler rispondere tutte quante per l'intero, ciò si debba riguardare non già come un'obbligazione correale ma solo come una reciproca fidejussione, cosicchè ciascuno per rapporto alle parti degli altri gode dell'eccezione della escussione (39).

8.° Se il fidejussore paga, allora ha il dritto di richiedere dal creditore la cessione del credito *beneficium cedendae actionis*, ancorchè ciò non sia convenuto nel pagamento; imperocchè egli pagando si presume non avere l'intenzione di estinguere il debito ma sibbene di comprare il credito (40).

9.° Ma anche senza la cessione del credito il fidejussore, che ha pagato o che già è stato condannato a pagare, ha il regresso contro il debitore medesimo (41), ed a tal fine ha *l'actio mandati* allorchè ha interceduto per commissione del debitore (42), altrimenti ha *l'actio negotiorum gestorum* (43). Solo si richiede che il debitore non abbia vietata l'intercessione, sebbene intorno a ciò prima di Giustiniano le opinioni fosser divise (44), che la fidejussione non siasi fatta colla intenziona di donare (45), che il fidejussore non sia stato ingiustamente costret-

(38) Nov. 4. c. 1. dell'anno 535.

(39) Nov. 99. c. 1. dell' anno 539. Intorno alla falsa opinione che per questi passi siasi data l'eccezione della divisione a tutt' i debitori correali veggasi *H. Donelli* comm. ad lib. II. III. IV. VI. e VIII. Cod. Ffti.1599. p. 686. seg.; *G. Asverus* Spec. inaug. ad nov. 99. Jenae 1822. 8. Il mio articolo nell' Arch. per la prat. civ. vol. XIX. n. 8.

(40) L. 17. L. 36. L. 39. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 2. L. 11. L. 14. L. 19. L. 21. C. *eod.*

(41) Caj. III. 127.; § 6. J. *eod.* L. 45. D. *eod.* Anche la remissione da parte del creditore equivale ad un effettivo pagamento, allorchè si fa come una donazione rimuneratoria L. 10. § 13. L. 12. pr. D. *mand.* (17. 1.), ovvero allorchè il creditore in altra guisa vien soddisfatto L. 26. § 3. L. 47. pr. L. 56. § 1. L. 64. D. *eod.* L. 18. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(42) L. 6. § 2. 7. L. 10. § 11. L. 14. L. 29. § 6. D. *mand.* (17. 1.) L. 25. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 14. C. *eod.*

(43) L. 3. § 11. L. 4. L. 5. pr. L. 46. § 1. D. *de negot. gest.* (3. 5.) L. 20. § 1. L. 40. D. *mand.* (17. 1.)

(44) L. 40. L. 53. D. *eod.* L. ult. C. *de negot. gest.* (2. 19.)

(45) L. 4. D. *eod.* L. 6. § 2. D. *mand.* (17. 1.) L. 9. § 3. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.)

to a pagare (46), e che non possa al medesimo rimproverarsi alcuna colpa per non avere adoperate, o per aver mal sostenute le eccezioni fondate in dritto, o per non aver informato del pagamento il debitore, il quale per tal ragione abbia anch' egli pagato (47). Secondo una *lex Publilia* del sesto secolo di Roma competeva agli sponsori una speciale azione *actio depensi* contro il debitore per il doppio del valore, allorchè fra sei mesi non veniva loro rimborsato ciò che avean pagato, e quest' azione si distingueva in ciò, che era in tutto riguardata come l' *actio rei judicatae* (48), ma cessò insieme col dritto speciale degli sponsori e fidepromissori (49).

10.° In due casi il fidejussore può anche agire per essere anticipatamente fatto indenne, ovvero per esser liberato dalla fidejussione, cioè allorchè la fortuna del debitore comincia a presentare delle incertezze (50), ovvero allorchè egli ha prestato la fidejussione solo come amministratore del debitore, e la sua amministrazione è finita (51).

11.° Colla estinzione del debito principale estinguesi anche la fidejussione (52), salvo se la fidejussione fosse prestata precisamente pel caso che il debito principale si estinguesse, senza che il creditore fosse soddisfatto, il che vien presunto nella fidejussione pei minori, per rispetto alla restituzione (53). Se il debito principale è divenuto una *obligatio inefficax*, ciò torna a vantaggio anche del fidejussore; imperocchè egli egualmente che il debitore può valersi delle eccezioni fondate (54), ma non è così quando rimane tuttavia la *naturalis obligatio* (55). Oltre a ciò la fidejussione si estingue per la confusione, cioè per la riunione del debito principale e dell' obbligo della fidejussione in una medesima persona, eccetto allorchè il debito principale è una sem-

(46) L. 67. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(47) L. 8. § 8. L. 10. § 12. L. 22. pr. § 1. L. 29. L. 48. pr. L. 51. D. *mand.* (17. 1.)

(48) Caj. III. 127. IV. 9. 22. 25. 102. 171. 186.

(49) Una reminiscenza di ciò trovasi tuttora nella *lex Rom. Burg.* tit. 15. in fine.

(50) L. 38. § 1. D. *mandati* (17. 1.) L. 10. C. *eod.* (4. 35.)

(51) L. 45. § 2. D. *eod.* L. 6. D. *de contr. tut. jud.* (27. 4.)

(52) Pr. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 37. § 8. D. *de op. lib.* (38. 1.) L. 21. § 3. L. 49. pr. L. 68. § 2. L. 71. D. *de fidejussor.* (46. 1.) L. 4. C. *eod.* L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.)

(53) Paul. I. 9. § 6.; L. 13. pr. D. *de minor.* (4. 4.) L. 9. § 3. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 95. § 3. D. *de solut.* (46. 3.) L. 1. L. 2. C. *de fidejussor. minor.* (2. 27.). Il mio trattato della restituzione § 30.

(54) L. 32. L. 49. pr. D. *de fidejussor.* (46. 1.) Confr. Nota 26.

(55) L. 60. D. *eod.* V. sopra § 218. Nota 40.

plice *naturalis obligatio* (56); pel decorso del tempo, allorchè o si è prestata la fidejussione per un tempo determinato, o per le sicurtà fatte verbalmente son trascorsi due mesi, senza che il creditore abbia promossa azione (57); e per pena del creditore, allorchè questi ha trascurato di esigere il debito scaduto, e il debitore di poi sia divenuto insolvibile, il che veramente prima valeva soltanto per la *fidejussio indemnitatis* (58), ma da che ogni fidejussione divenne fidejussione d'indennità (59) dovè valere generalmente (60). Nella fidejussione pei crediti risultanti da un determinato rapporto giuridico, col finire di questo cessa naturalmente la responsabilità del fidejussore per l' avvenire, anche quando quel rapporto giuridico fosse tra le parti nuovamente ristabilito (61); ma per la responsabilità a cagione de' crediti che di già ne sono risultati, il cessare del rapporto giuridico non ha influenza veruna. Può anche addursi come una specie particolare di estinzione che la fidejussione di presentare alcuno in giudizio cessa per la morte del medesimo (62). L' antica regola che la sponsione e la fidepromissione dura solo due anni e non passa agli eredi, non avea luogo nella fidejussione (63), e quindi è scomparsa dal dritto di Giustiniano.

2) *Altri casi.*

§ 270. Le rimanenti convenzioni d' intercessione si dividono in due specie, le quali si sogliono distinguere come intercessioni *cumulative* e *privative*, secondo che o del pari che la fidejussione si aggiungono soltanto alla obbligazione del debitore, o estinguono questa, e si pongono in luogo della medesima.

1.° Della prima specie sono: 1) il così detto mandato qualificato allorchè il mandato ha per iscopo che il mandatario faccia qualche cosa a vantaggio di un terzo, per la quale questi rimanga rispetto a lui obbligato, e segnatamente che gli dia un prestito, o gli venda delle cose a credito, o faccia una spesa per lui (1). Siccome il mandante, che

(56) L. 95. § 3. D. *de solut.* (46. 3.) L. 5. D. *de fidejuss.* (46. 1.)
(57) L. 72. D. *eod.* L. 27. C. *eod.*
(58) L. 41. pr. D. *eod.* Confr. con L. 62. D. *eod.*
(59) V. Nota 28.
(60) *Thibaut* de fidejussore creditoris in exigendo negligentia liberato. Heidelb. 1829. 8., il mio articolo nel nuovo Mag. di Falk vol. IV. pr. 347. seg.
(61) L. 7. C. *locati* (4. 65.) L. 13. § 11. D. *eod.* (19. 2.)
(62) L. 26. C. *de fidejussor.* (8. 41.)
(63) Caj. III. 120. 121.; L. 4. § 1. L. 49. § 1. D. *de fidejuss.* (46. 1.)
(1) L. 2. § 2. L. 6. § 4. L. 12. § 13-15. L. 28. L. 59. § 4. 5. 6. L. 62. § 1. D.

qui principalmente vien detto *mandator*, può esser convenuto con l'*actio mandati contraria* per rimborso ed indennità relativa alla commissione eseguita, in quanto il terzo non abbia adempiuto alla sua obbligazione, così è chiaro che in ciò si contiene una intercessione, e per questo compete ancora ai *mandatores* il *beneficium divisionis ex Epistola divi Hadriani*, allorchè la commissione è stata data da più (2); inoltre il *beneficium cedendae actionis*, allorchè eseguono il pagamento (3), e finalmente da Giustiniano fu ad essi anche conceduto il *beneficium excussionis* nello stesso modo che nella fidejussione (4). Non nuoce che il credito contro il terzo non sia munito di azione, e quindi che il *beneficium cedendae actionis* ed *excussionis* non sia applicabile (5), ma è essenziale che effettivamente sia nato un credito (6), che non si siano oltrepassati i limiti del mandato (7), e che questo non siasi estinto prima dell' esecuzione per morte, rivoca, o altrimenti (8). Se il *mandator* che ha pagato, anche senza cessione del credito debba avere il suo regresso contro il terzo, dipende dal vedere se concorrano o no le condizioni di una *negotiorum gestio*, da cui può nascere una obbligazione (9). 2) Il *constitutum debiti alieni*, allorchè si è promesso mediante un semplice patto di soddisfare un debito altrui (10), la qual convenzione non pur per la forma ma eziandio pei suoi effetti differisce per più riguardi dalla fidejussione, giacchè in essa A. si può promettere per transazione un oggetto diverso da quello, al quale il debito principale è diretto, ed il costituente può anche obbligarsi validamente sotto condizioni più gravi che lo steso debitore principale, sebbene questa dif-

mand. (17. 1.) L. 13. L. 24. L. 71. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 7. L. 22. C. *eod.* (8. 41.)

(2) L. 3. C. *de pecun. const.* (4. 18.) Confr. L. 59. § 3. D. *mand.* (17. 1.)

(3) L. 28. D. *mandati* (17. 1.) L. 13. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 95. § 10. 11. D. *de solut.* (46. 3)

(4) Nov. 4. c. 1. Confr. con L. 60. pr. D. *mand.* (17. 1.) L. 23. C. *de fidejuss.* (8. 41.)

(5) L. 12. § 13. D. *mand.* (17. 1.)

(6) L. 32. D. *eod.*

(7) L. 59. § 5. 6. D. *eod.* L. 7. L. 22. C. *de fidejussor.* (8. 41.) Non si oppone L. 62. § 1. D. *mand.* (17. 1.)

(8) In questo rapporto sono interamente da applicarsi i principii del mandato § 263. Nota 51.

(9) L. 6. § 2. L. 20. § 1. L. 40. D. *mand.* (17. 1.) L. 24. C. *de negot. gest.* (2. 19.). Intanto si può pensare che il *mandator* sia stato anch' egli incaricato del mandato dal debitore o da un altro, ed allora anch' egli ha l'*actio mandati* L. 10. § 11. D. *mand.* (17. 1.)

(10) V. § 264. Nota 23.

ferenza in parte non appartiene che al dritto posteriore (11). B. L'azione non è l'*actio ex stipulatu*, ma l'*actio de constituta pecunia*, e quindi è un'azione di buona fede, la quale ha eziandio questo di proprio che può intentarsi ovunque s'incontra il costituente (12), e C. al costituente non compete il *beneficium cedendae actionis* (13). Nel rimanente valgono qui in sostanza i medesimi principii che nella fidejussione (14). Così A. il *constitutum* presuppone anche un credito esistente almeno come *obligatio naturalis*, eccetto nel *receptum argentarii*, ove un errore sotto questo rapporto non rende invalida la promessa (15). B. Se la promessa comprende più che il debito principale, parimente non obbliga se non fino all'ammontare di questo (16). C. Inoltre il *constitutum* non contiene nessuna novazione, e però non libera il debitore (17). D. I costituenti godono come i fidejussori del *beneficium divisionis ex Epistola divi Hadriani* (18), ed eziandio del *beneficium excussionis* (19). E. Del pari possono valersi delle eccezioni che competono al debitore, quando il *constitutum* non vi abbia precisamente rinunziato (20). F. Finalmente non è da negar loro il regresso contro il debitore principale (21). 3) La costituzione di un pegno per un debito altrui (22), la quale certamente non dà luogo al *beneficium divisionis*, ma bensì al *beneficium cedendae actionis* (23), ed *excussionis* (24), e quando l'intercedente sia convenuto

(11) V. § 264. Nota 38-41.

(12) L. 16. § 1. D. *de const. pec.* (13. 5.)

(13) Ciò per vero non è espressamente detto, ma per aver questo beneficio avrebbe dovuto essergli espressamente attribuito.

(14) Non avendo noi più la differenza fra il *pactum* e la *stipulatio* non possiamo tuttora riconoscere differenza tra fidejussione e *constitutum debiti alieni* se non nel ricercare se la promessa sia diretta al medesimo oggetto e con condizioni eguali o più lievi che il debito principale, ovvero riguardi un altr' oggetto, o contenga condizioni più gravi. Questa distinzione è ora indifferente in quanto che l' azione nascente dalla fidejussione è anche di buona fede, ma conserva ancora un interesse pratico, ed è che il costituente può sempre esser convenuto, ed è privo del *beneficium cedendae actionis*. Confr. *Brinkmann* Notizie di dritto n. 46.

(15) L. 2. pr. § 2. C. *de const. pec.* (4. 18.) L. 1. § 6-8. L. 11. pr. D. *eod.*

(16) L. 1. § 8. L. 11. § 1. L. 12. D. *eod.* (13. 5.) L. 33. pr. D. *de donat.* (39. 5.)

(17) L. 28. D. *de const. pec.* (13. 5.) L. 15. D. *de in rem verso* (15. 3.)

(18) L. 3. C. *de const. pec.* (4. 18.)

(19) Nov. 4. c. 1.; Nov. 136. c. 1.

(20) L. 3. § 1. L. 18. § 1. D. *eod.* L. 33. pr. D. *de donat.* (39. 5.)

(21) L. 27. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 24. C. *de negot. gest.* (2. 19.)

(22) L. 5. § 2. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 2. D. *quae res pign.* (20. 3.) L. 8. pr. L. 32. § 1. D. *ad Sct. Vellej* (16. 1.)

(23) L. 12. § 1. L. 19. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 32. § 5. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.) Confr. § 200. Nota 10.

(24) Nov. 4. c. 2. Confr. § 201. Nota 34.

per la consegna del pegno, lo abilita anche a valersi delle eccezioni spettanti al debitore (25), e se poi il pegno sia stato venduto dal creditore, gli da il dritto d'intentare contro il debitore pel risarcimento del danno o l'actio mandati, o l'*actio negotiorum gestorum contraria*, secondo che l'oppignorazione sia stata fatta per mandato del debitore o no (26).

2.° Per contrario le intercessioni privative sono; 1) l'assunzione di un debito altrui mediante novazione, la quale chiamasi in preferenza *expromissio* (27), ed allorchè si fa per commissione dell'antico debitore, vien detta anche *delegatio* (28). Siccome ogni novazione estingue il debito antico, così il debitore precedente vien liberato (29), anche contro sua voglia (30). Ma è necessario A. un contratto di novazione, il quale generi da parte dell'expromettente almeno una *naturalis obligatio* (31). Se la promessa non è affatto obbligatoria, il creditore conserva i suoi crediti contro l'antico debitore (32), e se vien rescissa, li ricupera nuovamente (33). B. Inoltre bisogna che il debito expromesso sia effettivamente esistito. Nondimeno anche qui basta una *naturalis obligatio* (34), e le eccezioni che si poteano far valere non impediscono l'expromissione, ma questa vale come una rinuncia alle medesime, se già erano note (35). Se alcuno si è fatto delegare come debitore del debitore, allora C. si richie-

(25) L. 2. D. *quae res pign.* (20. 3.)

(26) L. 32. § 2. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(27) L. 7. § 8. D. *de dolo* (4. 3.) L. 4. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 10. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 11. § 1. L. 56. D. *de peculio* (15. 1.) L. 8. § 8. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.) L. 37. § 8. D. *de op. lib.* (38. 1.) L. 4. § 3. D. *de re jud.* (42. 1.). *Expromittere* spesso adoperasi anche in generale per fare una novazione, e talvolta anche non significa altro che *promittere*.

(28) L. 11. D. *de novat.* (46. 2.) L. 6. § 3-6. D. *ad Sct. Vell.* (16. 1.). *Delegare* significa in generale dare un mandato per una novazione, e per conseguenza anche quando un creditore fa obbligare il suo debitore verso un altro. L. 2. C. *de O. et A.* (4. 10.) L. 3. C. *de novat.* (8. 42.) L. 11. C. *de donat.* (8. 54.)

(29) § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3, 29.) L. 8. § 3. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.) L. 37. § 4. 8. D. *de op. lib.* (38. 1.) L. 18. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 30. L. 31. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) L. 2. L. 3. C. *eod.* (8. 42.)

(30) L. 8. § 5. D. *eod.* L. 91. D. *de solut.* (46. 3.)

(31) § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 1. § 1. L. 2. L. 30. § 1. D. *de novat.* (46. 2.)

(32) § 3. J. cit. L. 1. § 2. L. 8. § 7-9. L. 13. § 2. L. 14. L. 20. L. 24. § 1. 3. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.) L. 16. C. *eod.* (4. 29.)

(33) L. 50. D. *de minor.* (4. 4.) L. un. § 1. C. *de reipubl.* (8. 46.)

(34) L. 1. § 1. D. *de novat.* (46. 2.)

(35) L. 25. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 21. § 1. D. *de donat.* (39. 5.) Cfr. L. 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

de ancora che egli realmente sia debitore, e non abbia alcuna eccezione perentoria da opporre contro il suo debito, altrimenti potrebbe intentare la *condictio indebiti*, non già contro il suo creditore attuale, ma sibbene contro il delegante medesimo (36). Siccome qui l'antico debitore è liberato, così non può aver luogo un *beneficium cedendae actionis* ed *excussionis*. Per contrario coloro che in comune hanno expromesso un debito divisibile hanno assolutamente il dritto della divisione, sebbene qui l'*Epistola divi Hadriani* non abbia alcuna applicazione (37). In rapporto al regresso contro il debitore liberato, si dee distinguere: chi ha espromesso senza un mandato non può chiedere il rimborso se non in quanto concorrano le condizioni dell'*actio negotiorum gestorum*; ma chi è stato delegato ha l'*actio mandati contraria* contro il delegante (38), eccetto allorchè egli era debitore del medesimo, nel qual caso non gli può competere un dritto al risarcimento del danno, se non in quanto abbia interceduto ignorando le eccezioni, che avrebbe potuto opporre, ma allora gli compete anche la *condictio indebiti* (39). 2) La difesa di un debitore, allorchè alcuno assume la lite per lui e si difende in giudizio, il che, quando si fa per commissione del debitore, vien ritenuto come delegazione (40); ma anche senza commissione libera il debitore nel rapporto col creditore, quando questi ha condisceso all'intervento del difensore (41). Non però di meno chi ha difeso un debitore del Fisco, dopo seguito il pagamento può domandare la cessione dei crediti fiscali contro il precedente debitore (42); questo però come co-

(36) L. 26. § 12. in fine D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 78. § 5. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 41. pr. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 7. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 12. L. 13. L. 19. L. 33. D. *de novat.* (46. 2.)

(37) Non si può concepire una espromissione separata di più persone, imperocchè l'ultimo expromittente libera sempre il precedente; ma nella espromissione comune ha luogo la regola delle dodici Tavole che i debiti divisibili si dividono *ipso jure* fra più debitori (§ 247.), e se forse han promesso tutti di rispondere per l'intero, allora si applica la disposizione della Nov. 99. c. 1., che ciò non debba valere se non come una reciproca fidejussione, e quindi ciascuno non è tenuto per le porzioni degli altri, se non *in subsidium* § 269. Nota 39.

(38) L. 12. D. *de novat.* (46. 2.). S'intende da sè che quest'azione non ha luogo se il delegato si sia addossato il debito nel fine di donare L. 21. pr. D. *de donat.* (39. 5.)

(39) V. Nota 36.

(40) L. 11. § 1. D. *de novat.* (46. 2.)

(41) L. 8. D. *de interrog. in jure* (11. 1.) L. 10. § 1. D. *de in rem. verso* (15. 3.) L. 2. § 5. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.) L. 23. D. *de solut.* (46. 3.) L. 2. C. *de pact.* (2. 3.). Non si oppone L. 22. D. *de tut. act.* (27. 3.)

(42) L. 45. § 9. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 5. pr. D. *de censib.* (50. 15.) L. 7. C. *de privil. fisci* (7. 73.)

sa del tutto singolare non comporta un'applicazione più ampia; ma eziandio senza una cessione siffatta ha luogo il regresso con *l'actio mandati*, o *negotiorum gestorum contraria* (43). Non si incontrano altre maniere d'intercessione (44), e come principi comuni per tutte le intercessioni non si possono allegare altri se non questi, che esse presuppongono sempre un debito, pel quale s'interceda, che nell'intercessione per sè stessa non si contiene alcuna donazione, e quindi l'intercedente per regola può chiedere il rimborso, almeno come *negotiorum gestor*, e che le donne ne sono escluse (45).

3) *Senatusconsultum Vellejanum.* (*)

§ 271. Dopo che gli Editti di Augusto e di Claudio ebbero già riprovato l'intercessione delle mogli pei loro mariti (1), il Senatoconsulto Vellejano anno di R. 799. (46. dopo Chr.) escluse intutto le donne dall'intercedere (2), la qual misura forse ebbe connessione con la liberazione delle donne anche intorno a quel tempo avvenuta dalla tutela perpetua dei loro agnati (3), e rimase sempre in vigore, sebbene più tardi in più rapporti fosse modificata. Questo Senatoconsulto non si estende ai pagamenti immediati fatti dalle donne per estinguere i debiti altrui (4), e neppure al caso che si abbiano addossato debiti altrui, se ciò è avvenuto senza contratto (5), o si sieno sottoposte ai rischi di un affare, allorchè nel rischio non si è pensato propriamente all'insolvibilità de'debitori (6). Per contrario esso riguarda le intercessioni propriamen-

(43) L. 3. C. *eod.* L. 88. pr. D. *mand.* (17. 1.) L. 31. § 2. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(44) Le contrattazioni menzionate nella L. 8. § 14. L. 29. pr. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.) non sono vere intercessioni, ma soltanto convenzioni, sotto le quali *in fraudem legis* viene occultata una intercessione.

(45) V. § 271.

(*) *L. D. Kattenborn* sulle intercessioni delle donne secondo il dritto Romano. Giess. 1840. 8.)

(1) L. 2. pr. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.) Confr. L. 8. § 1. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.)

(2) L. 2. § 1. D. *ad Sct. Vellej.* 16. 1.)

(3) Nella mia St. § 199 Nota 6. vien veramente indicata una ragione dalla quale si potrebbe dedurre che la *lex Claudia* dovésse riportarsi all'anno di Roma 803. (50. dopo Cr.), ma quella non è che una semplice congettura, e la *lex Claudia* può ben essere più antica che il *Sct. Vellejanum*.

(4) L. 4. § 1. L. 5. L. 8. pr. § 3. D. *eod.* L. 1. L. 9. C. *eod.*

(5) L. 32. pr. D. *eod.* L. 95. § 2. D. *de solut.* (46. 3.)

(6) L. 19. pr. § 1. 2. 4. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.)

te dette di qualsivoglia specie (7), compresa la costituzione di un pegno per altri (8), e, secondo la dichiarazione dell'Editto Pretorio, anche i contratti pei quali alcuno cerchi di eludere il Senatoconsulto (9), anzi anche gli affari, pei quali una donna inavvedutamente è rimasta obbligata per debiti altrui (10). Ma sugli effetti delle intercessioni delle donne Giustiniano fece in parte delle disposizioni interamente nuove, il perchè è mestieri di riassumere in prima l'antica teorica, e di esporre dipoi le innovazioni di Giustiniano.

1.° Secondo il Senatoconsulto Vellejano le intercessioni delle donne non sono interamente nulle. Certamente si può contro siffatte intercessioni opporre *l'exceptio Sct. Vellejani*, la quale è *perpetua* (11) ed *in rem* (12), ed oltre a ciò privilegiata, e si ammette anche nell'istanza di esecuzione (13); per la qual cosa essa riduce l'obbligazione nascente dall'intercessione ad una *obligatio inefficax*, cosicchè anche quando si è pagato ha luogo la *condictio indebiti* (14), e quando si son venduti i pegni della donna che ha interceduto, ha luogo la revindicazione (15); ma 1) se la donna che ha fatta l'intercessione ha pagato conoscendo l'eccezione che le competea, allora cessa il diritto di ridomandare il pagato (16). 2) Sta in arbitrio della donna medesima, anche quando ha pagato per errore, se voglia far uso della *condictio*, o esercitare il suo regresso contro il debitore (17). 3) Anche l'intercessione privativa di una donna estingue effettivamente l'antico debito, ma per verità il creditore a sua richiesta vien restituito nel suo credito contro l'antico

(7) L. 1. pr. § 1. L. 2. § 4. 5. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.)

(8) L. 8. pr. L. 32. § 1. D. *eod.* L. 39. § 1. L. 40. D. *de rei vind.*

(9) L. 19. C. *ad Sct. Vellej.* L. 29. § 1. D. *eod.* Confr. con L. 8. § 6. L. 11. L. 12. L. 26. L. 28. § 1. L. 29. pr. L. 32. § 2. 3. D. *eod.* L. 4. C. *eod.*

(10) L. 23. L. 26. D. *eod.*

(11) L. 40. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(12) L. 7. § 1. D. *de except.* (44. 1.) L. 6. L. 7. L. 8. § 4. L. 16. § 1. L. 19. § 5. L. 30. § 1. L. 32. § 3. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.) L. 7. L. 14. L. 15. L. 20. C. *eod.* Gli altri che abbian fatto intercessione insieme con una donna non possono naturalmente invocare il Senatoconsulto L. 48. pr. *de fidejussor.* (46. 1.) L. 8. C. *ad Sct Vellej.* (4. 29.) L. 18. D. *eod.*

(13) L. 11. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.)

(14) L. 40. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 8. § 3. L. 24. § 2. L. 31. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.)

(15) L. 39. § 1. L. 40. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 32. § 1. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.) L. 7. C. *eod.*

(16) L. 9. C. *ad Sct. Vellej.* (4. 29.) L. 8. § 10. L. 19. § 5. D. *eod.* L. 1. § 1. L. 40. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(17) L. 31. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.)

debitore, *restituitur actio*, il che però non fu introdotto nello stesso Senatoconsulto, ma potè forse essere aggiunto dall' Editto del Pretore come un giusto o piuttosto necessario compimento (18). 4) Similmente allorchè una donna, per eludere il Senatoconsulto, ha contratto in luogo di un altro, questo non è un atto privo di effetto, ma sulla richiesta del creditore il debito contratto dalla donna vien trasferito a colui, pel quale ella ha contratto, *instituitur nova actio* (19). 5) Oltre a ciò vi ha alcuni casi, nei quali il Senatoconsulto parte per le sue stesse disposizioni, e parte per leggi posteriori non può avere applicazione. Così avviene A. allorchè l' intercessione è avvenuta nell' interesse proprio della donna (20); B. allorchè il debito sebbene contratto da un altro pure propriamente riguarda lei medesima, cosicchè ella avrebbe potuto esser costretta a riconoscerlo o rimborsarlo (21); C. allorchè la donna intercedente ha operato dolosamente per trarre in inganno il creditore, e ciò è fondato sui Rescritti di Antonino Pio ed Alessandro Severo (22); D. allorchè in una intercessione mascherata il creditore non ha avuto notizia del vero stato della cosa, e ciò per un Rescritto di Antonino Pio (23); E. allorchè l'intercedente ha assunto il debito altrui per un equivalente ricevuto, o per la liberazione da un proprio debito (24); F. allorchè con intenzione di fare una liberalità l' intercessione si è fatta a favore di prossimi parenti a fine di soccorrerli in qualche urgente necessità (25); G. allorchè in una intercessione privativa, il creditore è minore, e l'antico debitore intanto è divenuto insolvibile, cosicchè la restituzione del credito contro costui che si facesse al minore non gli sarebbe di alcun prò (26); H. allorchè una donna espromettente per impedire la restituzione del credito contro l'antico debitore, pre-

(18) L. 1. § 2. L. 8. § 2. 7-13. L. 9. L. 10. L. 13. § 2. L. 14. L. 20. L. 24. § 2. L. 32. § 4. D. *eod.* L. 8. L. 16. C. *eod.* Nel Senatoconsulto rimastoci non vi è nulla di ciò L. 2. § 1. D. *eod.* Ma noi sappiamo che eravi un Editto relativo al Senatoconsulto L. 19. C. *eod.* e che nell' Editto pretorio erano principalmente stabilite delle regole sulla restituzione dei dritti perduti.

(19) L. 1. § 2. L. 8. § 14. 15. L. 29. pr. L. 32. § 5. D. *eod.*

(20) L. 8. § 1. D. *qui satisdare cog.* (2. 8.)

(21) L. 3. L. 13. pr. L. 21. pr. L. 25. L. 27. § 2. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.) L. 6. pr. C. *eod.*

(22) L. 2. § 3. L. 23. L. 30. pr. D. *eod.* L. 5. L. 18. C. *eod.*

(23) L. 4. pr. L. 6. L. 11. L. 12. L. 17. pr. L. 19. pr. L. 27. pr. L. 28. § 1. D. *eod.*

(24) L. 15. L. 16. pr. L. 19. § 3. L. 22. L. 24. pr. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(25) L. 21. § 1. D. *eod.*

(26) L. 12. D. *de minor.* (4. 4.)

sta cauzione di non far uso dell' eccezione del Senatoconsulto Vellejano (27); I. allorchè una creditrice per vantaggio di altri creditori ha rinunciato ad un dritto di pegno a lei competente, il che fu introdotto da Anastasio (28); K. ed anche secondo una disposizione di Giustiniano, allorchè la donna dopo due anni ha confermata la sua intercessione (29).

2.° Ora seguono le disposizioni innovative di Giustiniano; 1) l' applicazione della esposta teorica presuppone che l' intercessione siasi fatta per iscrittura con l' intervento del Magistrato, o confermata da tre testimoni degni di fede; se ciò non si è osservato, l' intercessione è invalida e nulla (30), senza pregiudizio però del principio che nell' intercessione privativa il creditore conserva il suo credito, e che, quando una donna ha contratto in luogo di un altro, il debito vien trasferito a costui (31), e di più con le eccezioni seguenti, nelle quali l'intercessione è valida senza por mente alla forma: cioè A. allorchè la donna ha ricevuto qualche cosa per l' intercessione (32), B. allorchè si è renduta garante pel prezzo di una manomissione (33), C. allorchè ha interceduto per la costituzione di una dote (34), e D. allorchè una madre o Ava come tutrice della sua prole ha rinunziato al beneficio del Senatoconsulto Vellejano, e quindi si ha addossato dei debiti pei suoi figli (35). 2) In nessun caso può una moglie intercedere pel suo marito; salvo che il creditore non dimostri che il debito sia stato contratto per sua utilità, e che l'oggetto del medesimo sia stato effettivamente impiegato per lei (36).

(27) L. 32. § 4. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.)
(28) L. 21. C. *eod.*
(29) L. 22. C. *ad Sct. Vellej.* (4. 29.) Confr. Nov. 61. c. 1. § 1.
(30) L. 23. pr. § 2. C. *eod.*
(31) L. 23. pr. C. *eod.*
(32) L. 23. pr. § 1. C. *eod.*
(33) L. 24. C. *eod.*
(34) L. 25. C. *eod.* A torto si è voluto ritrovar questo principio anche nella L. 12. C. *eod.* e nella L. 41. pr. D. *de jure dot.* (23. 3.), le quali parlano soltanto del caso che una madre dia ella medesima una dote alla sua figliuola.
(35) Nov. 118. c. 5.
(36) Nov. 134. c. 8., Auth. *Si qua mulier* C. *ad Sct. Vellej.* (4. 29.)

CAPITOLO II.

RAPPORTI DI OBBLIGAZIONI PER IMITAZIONE DELLE OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI

Obligationes quasi ex contractu.

I. *Negotiorum gestio.*

§ 272. Alcune obbligazioni *quasi ex contractu* sono convenientemente trattate in altre parti del sistema (1); ma il proprio posto per cosiffatti rapporti di obbligazione è dopo le obbligazioni contrattuali, alle quali esse per la loro teorica si rannodano. Qui in generale non ha niuna importanza il seguire uno o un altro ordine nel trattarli; imperocchè le cause generatrici di siffatti rapporti d'obbligazione per la più parte non hanno alcuna interna connessione. Per la qual cosa qui del pari che nelle istituzioni (2) può trattarsi in prima della *negotiorum gestio*, sebbene questa nell'antico dritto civile non fosse ancora elevata a causa di obbligazione. Per *negotiorum gestio* s'intende poi allorchè alcuno in tutto o in parte provvede a' negozii ed affari altrui, senza averne ricevuto incarico (3), ovvero commette ad altri di prenderne la cura (4), il che secondo l'Editto del Pretore genera le medesime reciproche obbligazioni che l'esecuzione di un mandato, a far valere le quali il Pretore introdusse l'*actio negotiorum gestorum* (5), azione perpetua e di buona fede (6), la quale si divide in diretta e contraria (7), ed in amendue le applicazioni passa anche agli eredi e contro gli eredi (8),

(1) La *obligatio quasi ex contractu* che ha luogo fra il tutore ed il pupillo § 2. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) ci si è già presentata di sopra § 113. e 147., e la *obligatio quasi ex contr.* degli eredi e generalmente di coloro che son gravati di un legato § 5. J. *eod.* troverà il suo posto nel dritto di successione.

(2) § 1. J. *eod.*

(3) L. 3. pr. § 1-3. L. 6. § 4. L. 31. § 7. L. 40. D. *de negot. gest.* (3. 5.) L. 6. pr. § 2. 7. 12. L. 14. § 1. L. 29. pr. D. *comm. div.* (10. 3.). Nella L. 16. *de neg. gest.* (3. 5.) la *negotiorum gestio* vien detta anche *contractus*.

(4) L. 21. § 3. L. 28. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 14. C. *eod.* (2. 19.)

(5) L. 1. L. 3. pr. D. *eod.*

(6) § 28. J. *de act.* (4. 6.) L. 7. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 8. C. *eod.* (2. 19.)

(7) § 1. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 2. L. 8. § 2. L. 20. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(8) L. 3. § 7. L. 12. pr. § 1. L. 20. L. 31. D. *eod.*

ed egualmente che le azioni dei contratti può essere intentata contro il padrone o padre dell' obbligato (9).

1.° *L' actio negotiorum gestorum directa* è l' azione del padrone dell' affare *dominus negotiorum*, le cui faccende sono state amministrate, e dei suoi eredi contro colui che ne ha preso cura *negotiorum gestor* ed i suoi eredi, e tende 1) alla resa del conto intorno agli affari amministrati (10), 2) alla restituzione di ciò che per tal modo è pervenuto nelle mani del gestore (11), e 3) al risarcimento del danno cagionato da colpa di costui (12), in quanto questo danno non resti compensato dai vantaggi arrecati (13). Qui il *negotiorum gestor* è assolutamente responsabile anche della colpa lieve (14), anzi sopporta gli effetti dell'avvenimento fortuito, *casus*, allorchè si è messo ad imprese rischiose alle quali il padrone dell' affare non era solito di esporsi (15). Gli eredi però rispondono sempre solamente pel dolo e per la colpa grave (16), ed anche il gestore medesimo non è responsabile al di là di questa misura, allorchè si è fatto ad amministrare per allontanare un danno, da cui il padrone dell' affare era minacciato (17). Ma per regola la responsabilità qui non si può estendere anche alle omissioni; imperocchè la *negotiorum gestio* presuppone appunto che non siavi alcuna obbligazione a dover fare (18). Si fa nondimeno eccezione: A. allorchè alcuno per negligenza non mena a termine gli affari cominciati, e per questo dà occasione ad un danno (19), ovvero B. avendo intrapresa l' amministrazione di un bene altrui non ha fatto ciò che secondo le circostanze una ordinata amministrazione richiedeva, al che si riferisce segnatamente il caso quando colui che amministra come *negotiorum gestor* un patrimonio altrui, non paga alla scadenza ciò che egli medesimo deve al padrone dell' affare, e però è tenuto a pagare gl'in-

(9) L. 6. § 6. 7. L. 14. L. 15. D. *eod.*

(10) § 1. J. cit. Soltanto da un curatore la resa del conto non si può chiedere che dopo terminata la cura L. 14. C. *de adm. tut.* (5. 37.) V. § 147.

(11) L. 8. § 1. L. 23. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 19. C. *eod.* (2. 19.) L. 3. C. *de rei vind.* (3. 32.)

(12) § 1. J. cit.

(13) L. 11. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(14) § 1. J. cit. L. 20. C. *eod.*

(15) L. 11. D. *eod.*

(16) L. 17. C. *eod.*

(17) L. 3. § 9. D. *eod.*

(18) L. 20. C. *eod.*

(19) L. 21. § 2. L. 31. § 2. D. *eod.*

teressi, quando anche pel debito non si possa intentare azione (20); come pure C. allorchè un *negotiorum gestor*, il quale ha riscosso danaro, nè lo consegna nè lo impiega utilmente pel padrone dell'affare, il che del pari fa correre contro di lui gl' interessi, purchè non provi che anche il padrone dell' affare, non avrebbe potuto utilmente impiegare quel danaro (21), e si aggiunga che secondo le Imperiali costituzioni il *negotiorum gestor* dee pagare gl' interessi più alti che sien permessi, allorchè ha impiegato il danaro a suo proprio profitto, nel qual caso non si dee nemmeno esaminare se il padrone dell' affare ne avrebbe potuto ritrarre vantaggio (22). Tutte queste obbligazioni presuppongono anche che il gestore sia una persona che si possa obbligare; solo è da notare che anche qui è applicabile il principio stabilito da Antonino Pio pei contratti dei pupilli, che cioè non si possa agire contro di essi se non in quanto si siano arricchiti (23).

2.° Dall' altro lato al gestore ed ai suoi eredi compete contro il padrone dell'affare ed i suoi eredi *l'actio negotiorum gestorum contraria* per esser fatto indenne (24), e quindi 1) per esser liberato dalle obbligazioni assunte (25), e 2) per ottenere il rimborso delle spese fatte (26), con gli interessi secondo il corso del luogo dal momento che le spese furon fatte (27). Nondimeno bisogna che le spese sieno state secondo le circostanze necessarie e moderate (28), altrimenti non ha luogo che un *jus tollendi* (29), purchè il padrone non abbia approvato l'operato (30). Del resto non nuoce che l'utilità di una spesa o della gestione in generale siasi di poi perduta per qualche avvenimento (31). Ancora qui non importa il vedere se il padrone dell' affare sia capace di obbli-

(20) L. 6. § 12. L. 18. L. 19. pr. L. 38. D. *eod.*

(21) L. 13. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 19. § 4. L. 31. § 3. L. 37. § 1. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(22) L. 38. D. *eod.*

(23) L. 3. § 4. L. 34. D. *eod.* V. sopra § 222. Nota 15.

(24) § 1. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 2. D. *de neg. gest.* (3. 5.) Gli eredi possono esser convenuti anche allorchè prima della loro adizione ebbe luogo la *negotiorum gestio* per rapporto all' *hereditas jacens*. L. 3. § 6. L. 21. § 1. D. *eod.*

(25) L. 45. § 2. D. *mandati* (17 1.) L. 2. L. 40. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(26) L. 2. L. 45. pr. D. *eod.* L. 3. L. 10. L. 15. C. *eod.* (2. 19.)

(27) L. 19. § 4. D. *eod.* L. 37. D. *de usur.* (22. 1.) L. 24. C. *eod.* (4. 32.) L. 18. C. *de neg. gest.* (2. 19.)

(28) L. 10. § 1. L. 25. L. 45. pr. D. *eod.*

(29) L. 27. pr. D. *eod.* L. 3. § 4. D. *de in rem verso* (15. 3.)

(30) L. 9. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(31) L. 10. § 1. L. 12. § 2. L. 13. L. 22. L. 31. pr. L. 37. § 1. D. *eod.*

garsi; imperocchè la sua obbligazione appartiene alle *obligationes ex re venientes* (32), e tanto meno se il gestore abbia provveduto agli affari altrui scientemente ed *animo obligandi*, ovvero abbia operato nella opinione che fosser suoi proprii affari, o che egli vi fosse tenuto (33). Per contrario necessariamente si richiede 1) che il gestore non abbia voluto donare (34), la quale intenzione viene anche presunta allorchè i parenti ed amici di alcuno si sono interessati pe' bisogni del medesimo (35), ma questa intenzione di donare non esclude *l'actio directa* contro il gestore, ma sibbene l'*actio contraria* che a lui competerebbe (36); 2 che non sia manifesto che il medesimo abbia avuto semplicemente l'intenzione o di fare un guadagno per la sua gestione, o di recare un danno, nei quali casi egli può del pari illimitatamente esser convenuto, ma non può da sua parte agire, se non in quanto il padrone dell'affare ne sia rimasto arricchito (37); 3) che al medesimo non fosse stata dal padrone dell'affare vietata la gestione, nel qual caso, secondo la decisione di Giustiniano, valgono i medesimi principii (38); 4) che il padrone dell'affare non abbia avuto interesse che l'operato non si fosse fatto (39); 5) che il gestore non fosse stato giuridicamente obbligato a ciò che ha fatto (40), e da ultimo 6) che gli affari amministrati possano effettivamente riguardarsi come affari del convenuto (41), il che in caso di necessità il gestore dee dimostrare, salvo al-

(32) L. 3. § 5. L. 6. pr. L. 37. pr. D. *eod.* L. 46. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 2. C. *de neg. gest.* (2. 19.). È singolare che secondo questi passi un pupillo come *dominus negotiorum* non è responsabile se non in quanto siasi arricchito. Manifestamente qui si è applicato a rovescio il Rescritto di Antonino.

(33) L. 5. L. 6. § 4. 5. L. 19. § 2. L. 32. pr. L. 49. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 14. § 1. L. 29. pr. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 14. § 11. D. *de relig.* (11. 7.). Senza ragione ordinariamente si richiede nel *negotiorum gestor* l'animo determinato *negotia alterius gerendi*. Quel che si richiede è che non abbia avuto l'*animus donandi*. È poi un' eccezione positiva che chi di buona fede ha edificato sul suolo altrui non abbia alcun' azione pel rimborso L. 48. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 33. D. *de cond. ind.* (12. 6.) C. 14. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(34) L. 4. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 12. C. *eod.* (2. 19.) L. 6. § 2. D. *mand.* (17. 1.)

(35) L. 27. § 1. L. 34. L. 44. D. *de neg. gest.* (3, 5.) L. 1. 11. L. 13. L. 15. C. *eod.* (2. 19.)

(36) V. i luoghi cit. nelle due precedenti note.

(37) L. 6. § 3. D. *eod.*

(38) L. 8. § 3. D. *eod.* L. 24. C. *eod.* L. 40. L. 53. D. *mand.* (17. 1.)

(39) L. 10. § 1. L. 11. L. 43. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(40) L. 5. C. *eod.* Non si oppone L. 3. § 10. D. *eod.*

(41) L. 50. § 1. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 6. pr. § 1. 4. 7. L. 10. § 1. L. 23. L. 31. § 4. L. 35. § 1. 2. L. 45. pr. L. 46. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

lorchè il padrone dell'affare abbia approvato l'operato, nel qual caso peraltro compete contro costui anche *l'actio mandati*, mentre il gestore è sempre responsabile solo come un *negotiorum gestor*, e per conseguenza non va soggetto alla infamia, che *l'actio mandati directa* può produrre per effetto (42). Una speciale applicazione dell'*actio negotiorum gestorum contraria* è *l'actio funeraria*, la quale si distingue pel *privilegium exigendi* che ad essa va congiunto (43). La medesima appartiene a colui, che ha provveduto ad un funerale di un morto, contro coloro che vi eran tenuti, e tende ad avere il rimborso delle spese (44), in quanto non siasi ecceduto ciò che un funerale decente, conveniente allo stato, e proporzionato alla fortuna dell'obbligato richiedeva (45), e presuppone eziandio: 1) che non siasi avuta intenzione di donare (46), come pure 2) che l'obbligato non abbia per legittime ragioni vietato d'incaricarsi del funerale (47), 3) che non siasi fatta onta al morto per un funerale non conveniente (48), e 4) che non vi sia luogo ad alcun'altra azione per poterne ottenere il rimborso (49). Sono poi obbligati alle spese del funerale: 1) colui che dal morto ne ha avuto l'incarico e per questo ne ha ricevuto qualche cosa (50), 2) di poi i successori universali del morto (51), giacchè ciascuno per regola dee seppellirsi a spese della successione, il che può anche esser disposto dal magistrato senza la partecipazione degli eredi (52), 3) in quanto alle mogli, quegli che lucra la dote (53), altrimenti il marito (54), e 4) in quanto ai figli sotto la patria potestà, il padre, il quale è tenuto in preferenza anche del marito della figliuola (55).

(42) L. 60. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 6. § 9. 10. L. 9. L. 10. pr. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 9. C. *eod.* (2. 19.)

(43) V. § 227. Nota 7.

(44) L. 14. § 6. 16. 17. L. 15. D. *de relig.* (11. 7.)

(45) L. 12. § 5. L. 14. § 3-6. L. 21. L. 37. D. *eod.*

(46) L. 14. § 7-9. D. *eod.*

(47) L. 14. § 13. 14. D. *eod.*

(48) L. 14. § 10. D. *eod.*

(49) L. 14. § 12. 15. D. *eod.*

(50) L. 12. § 4. L. 14. § 2. D. *eod.*

(51) L. 12. § 4. L. 14. § 13. 17. L. 15. D. *eod.*; Paul. S. R. I. 21. § 10.

(52) L. 12. § 6. L. 13. L. 14. pr. § 1. D. *eod.*

(53) L. 16-20. D. *eod.* L. 13. C. *de neg. gest.* (2. 19.)

(54) L. 28. D. *eod.*; Paul. S. R. I. 21. § 11.

(55) L. 21. L. 28. D. *eod.*; Paul. S. R. I. 21. § 10.

II. Obbligazioni nascenti dalla comunione di dritti.

§ 273. Dalla comunione di dritti non provenuta da contratto *communio incidens* risultano in sostanza tra i partecipanti le medesime obbligazioni che da una società, e per tal ragione sono annoverate alle *obligationes quasi ex contractu* (1); nondimeno non danno luogo all'azione di società, ma sibbene possono farsi valere mediante le azioni di divisione *judicia divisoria*, delle quali, secondo la diversità della comunione, ci ha tre specie: *l'actio communi dividundo*, *l'actio familiae herciscundae*, e *l'actio finium regundorum*.

1.° Ciascuna parte è tenuta a partecipare alle altre ciò che ha ottenuto dalle cose comuni, e quindi principalmente i frutti e i prodotti, che egli solo ha ritratti (2), ma oltre di questi è tenuto anche a partecipare tutte le altre specie di guadagni, che per le cose comuni gli son provenuti (3), come pure tutto ciò che ha ricevuto dai terzi in compenso dei danni da essi a queste cose arrecati (4).

2.° Ogni partecipante dee risarcire i danni cagionati per sua colpa alle cose ed agli affari comuni (5), nel qual rapporto ciascuno per sè stesso è responsabile per ogni colpa (6), nondimeno se egli dimostra di non essere un attento padre di famiglia, non è tenuto che alla *diligentia quam in suis rebus*, e per conseguenza non è responsabile per le colpe lievi (7), eccetto nel caso di una colpa *Aquilia* (8).

3.° Ma per contrario ciascun partecipante ha pure dritto al rimborso di ciò che ha speso o pagato per gli affari comuni (9), ed al risar-

(1) § 3. 4. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.)

(2) L. 4. § 1. 2. D. *fin. reg.* (10. 1.) L. 19. L. 44. § 3. L. 56. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 3. pr. L. 4. § 3. L. 6. pr. § 2. 3. 4. L. 11. L. 23. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 4. C. *eod.* (3. 37.)

(3) L. 19. L. 44. § 2. L. 47. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 32. D. *de stipul. serv.* (45. 3.)

(4) L. 19. pr. D. *de nox. act.* (9. 4.)

(5) L. 16. § 4. L. 17. L. 25. § 17. 18. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 3. pr. L. 8. § 2. L. 28. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 3. L. 19. C. *fam. herc.* (3. 36)

(6) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 16. § 4. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 20. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 4. C. *eod.*

(7) L. 25. § 16. D. *fam. herc.* (10. 2.) V. § 41. Nota 20.

(8) L. 10. pr. L. 26. D. *comm. div.* (10. 3.) Confr. L. 52. § 2. D. *pro socio* (17. 2.)

(9) L. 4. § 1. D. *fin. reg.* (10. 1.) L. 18. § 6. 7. L. 25. § 10. L. 44. § 8. L. 52. § 2. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 3. pr. L. 4. § 3. L. 6. pr. § 12. L. 8. § 3. 4. L. 11. L.

cimento dei danni cagionati dalle cose comuni (10). Per le spese e pei pagamenti possono richiedersi anche gli interessi nel caso di mora, e questi alla ragione più alta che sia permessa, allorchè le spese sonosi fatte per riparare un edifizio (11). Intanto è mestieri che la spesa siasi fatta non prima di aver luogo la comunione (12), e nella determinata intenzione di fare una spesa per gli affari comuni. Se alcuno errasse, l' errore sulla persona del comproprietario qui veramente non avrebbe influenza (13), ma se l' errore consistesse in ciò, che alcuno si reputasse il solo proprietario esclusivo, allora in generale non avrebbe un'azione pel rimborso, ma sibbene un semplice dritto di ritenzione (14). Ma anche ove quell'intenzione abbia avuto luogo, si richiede parimente che non sia stato possibile a chi ha fatto la spesa di pagare o di fare altra prestazione per la sua sola parte, in caso contrario egli non può intentare le azioni divisorie, ma solo *l'actio negotiorum gestorum contraria*, se concorrano le condizioni della medesima (15). Da ciò che precede si deduce che le azioni di divisione, le quali son tutte azioni di buona fede (16), passano agli eredi (17), e che, allorchè più azioni di tal fatta sono contemporaneamente intentate tra le medesime persone, debbono esser trattate innanzi allo stesso giudice (18). Esse hanno un duplice scopo:

1.° Il loro scopo principale è il dividere e far cessare la comunione. Ciò veramente può sempre farsi senza la cooperazione del giudice, mediante la convenzione delle parti (19), ma se queste non si possono accordare intorno a ciò, ciascuna può promuovere le azioni di divisione (20). In questa applicazione esse sono: 1) *actiones in rem*, im-

14. § 1. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 4. C. *eod.* (3. 37.) L. 18. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 32. D. *de damno inf.* (39. 2.) L. 46. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(10) L. 41. D. *de nox. act.* (9. 4.) L. 16. § 6. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 62. pr. D. *de furt.* (47. 2.)

(11) L. 18. § 3. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 1. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 52. § 10. D. *pro socio* (17. 2.) L. 4. C. *de aedif. priv.* (8. 10.) Confr. § 254. Nota 43.

(12) L. 49. D. *fam. herc.* (10. 3.)

(13) L. 6. pr. L. 14. § 1. L. 29. pr. D. *comm. div.* (10. 3.)

(14) L. 14. § 1. L. 29. pr. D. *eod.*

(15) L. 40. L. 31. § 7. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 6. § 2. 7. 12. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 25. § 15. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 3. C. *de neg. gest.* (2. 19.)

(16) § 28. J. *de act.* (4. 6.)

(17) L. 48. D. L. 52. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 4. § 3. D. *comm. div.* (10. 3.)

(18) L. 1. D. *de quib. reb. ad eund. jud. eatur* (11. 2.) L. 25. § 2-5. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(19) L. 57. D. *eod.* L. 3. § 1. D. *comm. div.* (10. 3.)

(20) L. 8. pr. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 5. C. *eod.* (3. 37.)

perocchè, sebbene del pari che le azioni *in personam*, possano dirigersi soltanto contro determinate persone, cioè contro quei che son partecipi degli stessi dritti, pure il loro fondamento non è un credito, ma la comproprietà dell' attore, e le medesime qui servono a rivendicare all' attore il possesso assoluto ed indipendente della sua porzione, *pro vindicatione rei sunt* (21); 2) *actiones duplices* (22), mentre ciascuna delle parti può egualmente intentarle, ed allorchè concorrono nello stesso tempo più persone, la sorte dee decidere chi debba far da attore (23), eccetto A. allorchè colui, che vuol far da attore, non ha il dritto di alienare (24), ovvero B. allorchè egli medesimo o il suo autore ha promesso di non chiedere la divisione prima di un tempo determinato (25), ovvero C. allorchè il suo dritto di comunione gli vien contrastato ed egli non si trova in possesso, nel qual caso deve in prima rivendicare (26), ovvero D. allorchè il suo compossesso è manifestamente una *possessio vitiosa* (27). 3) Una singolarità, che qui occorre di notare, è il dritto che il giudice ha di fare un' aggiudicazione per far cessare la comunione (28). In riguardo alla validità della divisione 4) è da distinguere: A. se alcuni degli interessati sono stati omessi, costoro possono muovere azione per una nuova divisione (29), e del pari per la omissione di qualche oggetto della comunione può di nuovo intentarsi un' azione per procedersi ad una divisione suppletoria (30). Ma per altro una divisione giudiziaria non può impugnarsi se non per gli ordinarii rimedii contro le sentenze (31).

(21) L. 1. D. *fin. reg.* (10. 1.) L. 22. § 4. D. *fam. herc.* (10. 2.) § 20. J. *de act.* (4. 6.)

(22) L. 13. L. 14. D. *de judic.* (5. 1.) L. 10. D. *fin. reg.* (10. 1.) L. 44. § 4. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 2. § 1. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 37. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(23) L. 13. L. 14. D. *de judic.* (5. 1.)

(24) L. 7. pr. D. *de reb. eor. qui sub tut.* (27. 9.) L. 2. C. *de fundo dot.* (5. 23.) L. 17. C. *de praed. minor.* (5. 71.)

(25) L. 14. § 2. 3. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 14. L. 16. § 1. D. *pro socio* (17. 2.)

(26) L. 1. § 1. L. 45. pr. L. 51. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 1. § 2. D. *si pars her. pet.* (5. 4.) L. 3. § 2. L. 4. L. 5. pr. § 1. D. *de rei vind.* (6. 1.). Frontinus de limit. p. 79. ed. Goes. Non si oppone L. 30. D. *comm. div.* (10. 3.)

(27) L. 7. § 5. D. *comm. div.* (10. 3.)

(28) V. § 66. Nota 18. § 167. Nota 1. e 2. § 189. Nota 1.

(29) L. 17. C. *fam. herc.* (3. 36.)

(30) L. 4. § 2. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 20. § 4. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(31) L. 1. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 2. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.) L. 36. L. 41. L. 44. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.)

ed una divisione convenzionale non può essere impugnata se non secondo le regole generali sulla violenza, sul dolo, e l'errore nei contratti, e sulla restituzione nello stato primiero (32); il perchè quando niuna impugnazione di tal fatta abbia luogo, una disuguaglianza non vien presa in considerazione (33).

2.° Il secondo scopo delle azioni di divisione è l' adempimento delle obbligazioni qui innanzi indicate (34), ma questo non solo, come prestazione accessoria, può esser richiesto nel tempo stesso che si domanda la divisione, nel qual caso, se nella divisione stessa non si effettui, dee prestarsi cauzione (35), ma può anche domandarsi isolatamente, essendo indifferente se si poteva nel tempo stesso agire per la divisione o no, giacchè anche nel diffinire e risolvere quei rapporti di obbligazione si contiene una specie di divisione fra le parti (36). Solo in questa circostanza, che le azioni di divisione sebbene in sè stesse non si fondino sopra un credito, pure possono anche servir semplicemente a far valere gli anzidetti crediti, sta 1) la ragione perchè sono indicate come *actiones mixtae* (37), così pure 2) solo alle prestazioni personali si rapporta l'esclusione della prescrizione *longi temporis* per le azioni di divisione (38). Imperocchè il dritto alla divisione in generale non si prescrive finchè sussiste la comunione (39). Per quello poi che riguarda le singole azioni di divisione, esse sono:

(32) L. 36. L. 57. D. *eod.* L. 12. C. *eod.* L. 4. C. *comm. div.* (3. 37.) L. 1. L. 2. L. 8. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.) L. 8. C. *de collat.* (6. 20.), *Consult.* vet. Icti II. *lex* 1. 2. IX. *lex* 9.

(33) Non si oppone L. 38. D. *fam. herc.* (10. 2.), come pure L. 3. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.), le quali secondo il loro proprio fondamento non debbono essere intese che del dolo e dell' errore, imperocchè anche nei giudizii di buona fede solo questi danno dritto al risarcimento del danno. L. 16. § 4. D. *de minor.* (4. 4.) L. 22. § 3. D. *locati* (19. 2.) L. 11. L. 15. C. *de resc. vend.* (4. 44.) Nov. 97. c. 1.

(34) L. 22. § 4. D. *fam. herc.* (10. 2.). « familiae herciscundae judicium ex duobus constat, idest rebus *atque praestationibus, quae sunt personales actiones.* » L. 4. § 3. L. 8. § 2. L. 11. D. *comm. div.* (10. 3.)

(35) L. 8. pr. L. 19. L. 25. § 10. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 15. L. 16. C. *comm. div.* (10. 3.)

(36) L. 24. pr. L. 31. L. 39. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 4. § 1. L. 11. L. 14. § 1. D. *comm. div.* (10. 3.)

(37) § 20. J. *de act.* (4. 6.)

(38) L. 1. § 1. C. *de ann. exc.* (7. 40.) L. 6. C. *fin. reg.* (3. 39.)

(39) Il caso, in cui un comproprietario possiede di buona fede come esclusivamente sua una cosa comune, nella qual circostanza egli può bene usucapire le parti degli altri L. 4. § 1. D. *pro emptore* (41. 4.) L. 43. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.) imperocchè la L. 3. C. *in quib. caus. cessat longi temp. praescr.* (7. 34.) non può riguardare che

1.° *L'actio familiae herciscundae* già riconosciuta o introdotta nelle dodici Tavole (40). Essa ha relazione solo all' eredità, ed appartiene non solo ai proprii coeredi, ma anche ad altri successori universali per causa di morte (41), e per essa valgono parecchi principii speciali, i quali dipendono dalla grande estensione e varietà del suo obbietto, ma la spiegazione dei medesimi convenientemente è da riserbarsi al dritto di eredità.

2.° *L' actio finium regundorum* (42), la quale del pari già s' incontra nelle dodici Tavole (43), e riguarda il caso di una comunione di fatto formata tra vicini a cagione dell' incertezza dei confini, in quanto l' incertezza dei confini, non si riferisca semplicemente a edifizii contigui (44); e oltre ai comproprietarii dei fondi possono promuover quest' azione anche coloro i quali, per un dritto reale che colpisce tutto il fondo, sono interessati allo stabilimento dei confini (45). Se s' incontra in certi luoghi una doppia azione di stabilimento di confini, l' *actio de fine*, o *finale jurgium*, secondo l' antico modo di dire, e l' *actio de loco* (46), ciò dipende dalla circostanza se sia divenuto incerto il *finis* negli *agri limitati*, ovvero un confine d'altra spezie, il che ha la conseguenza pratica, che nel primo caso a cagione della imprescrittibilità del *finis* non si può opporre all' azione alcuna usucapione (47), ma si può bene opporla nell'altro caso (48). Per la *lex Mamilia* dell'anno di Roma 589 sopra i confini delle terre (49) fu forse introdotta

il caso in cui manchi la buona fede, qui non si prende in considerazione, giacchè dopo l' usucapione non vi è più comunione, ed anche prima non han luogo contro di lui le azioni divisorie per effetto dei passi citati nella Nota 26.

(40) L. 1. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(41) L. 2. L. 24. § 1. L. 40. D. *eod.*

(42) *Rudorf.* sulle azioni per determinazioni di confini nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. X. n. 7.

(43) Cic. de legib. I. 21.

(44) L. 2. pr. L. 4. § 8. 10. D. *fin. reg.* (10. 1.) Cic. top. c. 10.

(45) L. 4. § 9. D. *eod.* L. 5. § 3. D. *arb. furt. caes.* (47. 7.)

(46) Cic. Quaest. acad. IV. 43.; *Frontinus* de limit. p. 40. ed. Goes. L. 5. C. *fin. reg.* (3. 39.); L. 3-5. C. Th. *eod.* (2. 26.); L. 60. D. *de V. S.* (50. 16.); Isidori orig. V. 25. Confr. con Nonio Marcello p. *jurgium*; Horat. Epist. II. 1. v. 38. II. 2. v. 170. 171.

(47) Cic. de leg. I. 21.; *Agenus Urb.* p. 53. ed. Goes.; Hyginus p. 159. ivi L. 5. C. *fin. reg.* (3. 39.); L. 3-5. C. Th. *eod.* (2. 26.); Consult. vet. Jcti. IX. ex corpore hermogeniani lex 4.

(48) *Hyginus* p. 164.; L. 2. § 6. L. 7. § 1. D. *pro emptore* (41. 4.); L. 3. C. Th. *fin. reg.* (2. 26.)

(49) V. La mia St. § 54. e *Rudorf* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. IX. n. 12.

anche un' altra differenza. Imperocchè, secondo le dodici Tavole nel *finale jurgium* propriamente detto doveano nominarsi come arbitri tre agrimensori per riconoscere il *finis* (50), mentre al contrario nel *judicium de loco*, secondo la legge *Mamilia* pare essersi ammesso di potersi nominare degli arbitri nel senso proprio, ed in ogni caso anche un solo (51). Ma dopo Costantino la cosa è stabilita a questo modo, che nel *finale jurgium* sono da nominarsi tuttavia degli arbitri periti, per contrario nel *judicium de loco* lo stesso giudice per *extraordinariam cognitionem* dee decidere sulla quistione dei confini, e solo per le pretensioni personali può ancora nominare degli arbitri (52). Ancora seconda una disposizione di Costantino chi di propria autorità si mette in possesso della terra controversa non solo perde questa, ma per pena dee dare eziandio un altrettanto del suo (53). Se si possono riconoscere gli antichi confini, questi si debbono ristabilire (54); ma ove ciò non sia possibile, il Giudice può rimediarvi mediante aggiudicazione e stabilir nuovi confini (55). Per rispetto ai crediti personali la buona o mala fede dell' obbligato ha qui perfettamente la stessa influenza che nella rivendicazione (56).

3.° *L'actio communi dividundo* introdotta probabilmente dalla pratica ad imitazione delle altre due azioni di divisione (57), la quale ha luogo in tutti gli altri casi di comunione di dritti reali (58), e quindi anche allorchè più persone hanno in comune un'enfiteusi, o superficie (59), o una servitù (60), o un dritto di pegno (61). Anche nelle eredità può incontrarsi quest'azione, allorche nella divisione si son rimaste alcune cose particolari indivise, ovvero allorchè soltanto

(50) Cic. de leg. I. 21.; L. 8. D. *fin. reg.* (10. 1.). Da ciò avviene che presso gli auctores rei agrariae p. 41-57. ed. Goes. l'*actio finium regundorum* vien chiamata *judicium extraordinarium.*

(51) Cic. l. c.; *Frontinus* de limit. p. 79.; L. 4. pr. L. 7. D. *eod.*

(52) L. 3-5. C. Th. *eod.* Confr. L. 1. C. Th. *eod.*; L. 5. C. *eod.* § 6. J. *de offic. jud.* (4. 17.) *Cassiodor.* Varior. III. ep. 53.

(53) L. 2. C. Th. *eod.*; L. 4. C. *eod.*

(54) L. 8. L. 11. L. 12. L. 13. D. *eod.* L. 3. C. *eod.*

(55) L. 2. § 1. L. 3. L. 4. § 5. L. 7. L. 13. D. *eod.* § 6. J. *de offic. jud.* (4. 17.)

(56) L. 4. § 1. 2. D. *eod.*

(57) L. 20. § 9. L. 21. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 6. § 11. D. *comm. div.* (10. 3.)

(58) L. 4. pr. D. *eod.*

(59) L. 7. pr. D. *eod.*

(60) L. 1. § 7. 10. L. 19. § 4. D. *eod.*

(61) L. 4. § 4. L. 5. L. 7. § 6. 8. 12. D. *eod.*

alcune cose particolari si vogliono provvisoriamente ripartire (62). Al contrario quest'azione non compete a coloro che partecipano ad una cosa altramente che per un dritto reale (63); ma anche qui un possesso che dà dritto all'azione *publiciana* equivale ad un dritto reale dimostrato (64), e non nuoce che un terzo per la *condictio ex causa*, o per qualsivoglia altra cagione possa ripetere la cosa dal possessore (65). Anzi per singolarità anche il creditore pignoratizio di un comproprietario può in luogo di costui intentar *l'actio communi dividundo* (66). Se questa comunione sia fondata su di una società o nò, è indifferente; ma quest'azione semplicemente nella *communio incidens* tende anche all'adempimento di quelle obbligazioni tra le parti, di che sopra abbiam fatto menzione (67). Nella divisione il giudice, quando si può e le parti non han convenuto il contrario, dee fare principalmente una divisione reale, altrimenti, se è possibile, metterà la cosa all'incanto fra i condividenti, e solo in caso di necessità procederà all'aggiudicazione (68).

III. Obbligo di presentare.

§ 274. Il principio Romano che nel giudizio di revindicazione le cose mobili dovessero esser portate innanzi al Tribunale (1), rendeva indispensabile un'azione preparatoria per costringere colui, dal quale si rivendicava, a portar la cosa in giudizio, quando egli ricusasse di farlo. Questa è *l'actio ad exhibendum* (2), la quale per tal ragione appartiene anche all'antico dritto civile. Intanto quest'azione non è limitata a siffatta applicazione, anzi sono molto vari e numerosi i casi (3), in cui legalmente può richiedersi un *exhibere* che in senso stretto significa il condurre, o arrecare una cosa mobile o una persona, ma in

(62) L. 31. D. *pro socio* (17. 2.) L. 20. § 4. L. 44. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 31. D. *comm. div.* (10. 3.)

(63) L. 7. § 4. 11. D. *comm. div.* (10. 3.)

(64) L. 7. § 2. D. *eod.*

(65) L. 7. § 3. D. *eod.*

(66) L. 7. § 13. D. *eod.* L. 2. C. *eod.* (3. 37.)

(67) L. 1. L. 2. pr. D. *eod.* L. 31. L. 32. L. 43. D. *pro socio* (17. 2.)

(68) § 5. J. *de offic. jud.* (4. 17.) L. 55 D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 3. § 1. L. 6. § 10. L. 7. § 10. L. 13. L. 19. § 3. L. 21. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 1. L. 3. C. *eod.* (3. 37.)

(1) Caj. IV. 16.; L. 23. § 5. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(2) L. 1. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 56. D. *de procur.* (3. 3.)

(3) L. 2. L. 9. § 5. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 3. § 8. D. *de tab. exhib.* (43. 5.) L. 3. § 8. D. *de lib. hom. exhib.* (43. 29.) L. 22. L. 241. D. *de V. S.* (50. 16.)

senso più ampio significa anche il portar via le medesime.(4) Qui non si può neppure indicare un numero di singoli casi positivamente determinati, ma due generali requisiti sonosi probabilmente stabiliti dall'interpetrazione e dalla pratica, la cui esistenza, ovunque concorrano insieme, produce l'*obligatio ad exhibendum*. Questi requisiti sono 1) un interesse legittimo alla esibizione da parte dell'attore (5), e 2) la possibilità di fatto di presentare *facultas exhibendi* da parte del convenuto (6), al che, se si tratta di dover condurre o arrecare si richiede che il convenuto possegga corporalmente la cosa, non importando se nel tempo stesso la possegga anche giuridicamente o no (7), ovvero che possa per finzione esser ritenuto come possessore (8). L'attore dee provare queste due condizioni. Siccome poi non si può determinar con precisione una regola assoluta per giudicar quale sia un sufficiente interesse legittimo dell'attore, così ciò vien rimesso alla estimazione del giudice (9), il quale nondimeno deve badare che la presentazione non sia domandata per cagioni che possano tornare a biasimo dell'attore, o per semplice indiscrezione o curiosità (10). Una cagione legittima 1) di poter chiedere la presentazione di una cosa si ritiene segnatamente A. allorchè la presentazione è necessaria per lo scopo della rivendicazione (11); B. allorchè per qualche altra azione si richiede la presenza della cosa, alla quale l'azione è diretta (12); C. allorchè si dee fare una scelta tra più cose, che il possessore non vuol presentare (13); D. allorchè il convenuto senza dritto ha preso e portato via le cose dell'attore, quando anche ciò sia avvenuto per errore e

(4) L. 5. § 3. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(5) L. 3. § 9-12. L. 7. § 7. L. 13. L. 19. D. *eod.*

(6) L. 5. pr. L. 7. § 3. L. 12. § 1. D. *eod.*

(7) L. 3. § 15. L. 4. L. 5. pr. § 1. 6. L. 7. § 1-7. L. 12. § 1. D. *eod.*

(8) L. 5. § 2. L. 7. § 5. L. 8. L. 9. pr. § 1-4. L. 14. L. 15. D. *eod.* L. 11. § 2. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 15. D. *de condict. causa data* (12. 4.) L. 1. § 2. D. *de tigno juncto* (47. 3.) L. 23. § 6. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 5. C. *ad exhib.* (3. 42.). I testi veramente parlano soltanto di colui che *dolo possidere desiit*, ma non si scorge niuna ragione perchè non debba valere lo stesso di colui che *liti se obtulit*.

(9) L. 3. § 9. 11. D *ad exhib.* (10. 4.)

(10) L. 3. § 11. L. 19. D. *eod.*

(11) L. 38. D. *de judiciis* (5. 1.) L. 1. L. 3. § 3. 4. 10. 14. L. 6. L. 12. pr. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 3. § 5. D. *de tab. exhib.* (43. 5.) L. 1. C. *ad exhib.* (3. 42.)

(12) L. 1. pr. L. 2. § 1. D. *si ex noxali causa ag.* (2. 9.) L. 3. § 5. 7. 12. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(13) L. 3. § 6. 10. L. 10. L. 12. § 2. D. *eod.* L. 82. § 2. D. *de furtis* (47. 2.)

negligenza (14); E. allorchè il medesimo ricusa di consegnare delle cose, per le quali è cessata ogni ragione di ritenerle ulteriormente (15); F. allorchè le cose dell'attore per accidente son cadute sul fondo del convenuto, presupposto che quegli sia pronto a risarcire il danno, che per avventura avessero arrecato (16); G. in generale allorchè volendo alcuno legittimamente portar via delle cose che si trovano sopra un fondo altrui, il possessore di questo lo ha impedito (17); e H. allorchè l'attore ha il dritto ad un temporaneo possesso della cosa del convenuto (18). 2) Al contrario per portar via le cose *l'actio* ad *exhibendum* ha luogo in ispezialtà allorchè alcuno senza dritto ha portato delle cose sul fondo dell'attore e quivi le ha deposte (19). Per verità le eccezioni son sempre ammesse; nondimeno se esse riguardano solo l'azione, alla cui preparazione *l'actio ad exhibendum* è diretta, allora il giudice, che generalmente dee procedere per via sommaria per quanto è possibile, può rinviarle al giudizio principale (20). Ma sebbene *l'actio ad exhibendum* possa aver luogo contro qualunque possessore, pure essa è un'*actio in personam* (21), ed un' *actio quasi ex contractu*; e quindi se le sue condizioni si son verificate contro un *homo alieni juris*, può esser promossa anche contro il padrone o padre di costui (22), e passa tanto attivamente quanto passivamente agli eredi, per quanto ciò è possibile nelle azioni contro il possessore (23). Nel tempo stesso l'azione è un' *actio arbitraria* (24); e quindi allorchè la cosa non si presenta in quel modo che si trova-

(14) § 29. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 3. § 13. L. 7. § 1, 2. L. 12. § 3. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 4. L. 23. § 5. 6. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 7. § 1. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 22. § 1. D. *rer. amot.* (25. 2.) L. 7. § 10. D. *de adq. rer. dom* (41. 1.) L. 1. § 6. D. *de vi* (43. 16.) L. 1. § 2. D. *de tigno juncto* (47. 3.) L. 1. C. *de nox. act.* (3. 41.) L. 6. C. *ad exhib.* (3. 42.)

(15) L. 5. pr. § 2. L. 18. D. *eod.* L. 27. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 4. L. 8. L. 9. C. *ad exhib.* (3. 43.) L. 23. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(16) L. 5. § 4. 5. L. 9. § 1. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 6. L. 7. § 1. 2. L. 9. § 1-3. D. *de damno inf.* (39. 2.) L. 8. D. *de ruina* (47. 9.)

(17) L. 5. pr. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 19. § 5. D. *locati* (19. 2.)

(18) L. 20. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 2. C. *eod.*

(19) L. 5. § 3. D. *eod.*

(20) L. 3. § 9. 13. L. 12. § 2. D. *eod.*

(21) L. 3. § 3. D. *eod.*

(22) L. 16. L. 12. § 1. D. *eod.* L. 3. § 4. D. *de tab. exhib.* (43. 5.)

(23) L. 5. pr. L. 8. L. 12. § 6. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 3. § 17. D. *de tab. exhib.* (43. 5.) L. un. C. *eod.* (8. 7.)

(24) § 31. J. *de action.* (4. 6.)

va al principio della lite, colle sue pertinenze e tutt'altro che appartiene all'attore, questi ha dritto di valutare il suo interesse mediante il giuramento estimatorio (25); salvochè il convenuto non provi che sia cessato l'interesse dell'attore (26), o che la presentazione sia divenuta impossibile per un avvenimento fortuito, che avrebbe colpito anche l'attore (27). Il giudice può in vero dare al convenuto una dilazione, ma soltanto allorchè costui presti cauzione (28). Se la necessità della presentazione siasi verificata senza colpa del convenuto, lo stesso attore dee portar le spese, eccetto allorchè il convenuto maliziosamente abbia dato occasione a qualche spesa particolare (29). Il dritto alla presentazione fu anche ampliato di molto dall'Editto del Pretore per l'introduzione di più interdetti esibitori. Ma la maggior parte di questi, l'*interdictum de liberis exhibendis* (30), l'*interdictum de uxore exhibenda* (31), l'*interdictum de liberto exhibendo* (32), e l'*interdictum de libero homine exhibendo* (33) riguardano soltanto le persone, e non son fondati sopra un'obbligazione *quasi ex contractu*. Al contrario l'interdetto *de tabulis exhibendis* che si riferisce alle disposizioni di ultima volontà di un morto (34), o che sieno valide, o no (35), ha il medesimo fondamento che l'*actio ad exhibendum*, colla sola differenza che qui è sufficiente un interesse, che in generale non basterebbe per l'*actio ad exhibendum*, la qual cosa appunto die' occasione all'introduzione dell'interdetto (36). Cioè perchè ciascuno può aver parte in una disposizione di ultima volontà, e perchè que-

(25) § 3. J. *de offic. jud.* (4. 17.) L. 3. § 2. L. 5. § 2. L. 7. § 4. 6. 7. L. 9. § 5-8. L. 10. L. 11. pr. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 5. pr. L. 10. D. *de in litem jur.* (12. 3.) L. 4. C. *ad exhib.* (3. 42.)

(26) L. 7. § 7. D. *eod.*

(27) L. 7. § 5. 6. L. 10. L. 11. § 2. L. 12. § 4. D. *eod.*

(28) § 3. J. *de offic. jud.* (4. 17.) L. 5. § 6. L. 12. § 5. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(29) L. 11. § 1. D. *eod.* L. 19. § 5. D. *locati* (19. 2.)

(30) V. § 95.

(31) V. § 106.

(32) V. § 131.

(33) V. § 291.

(34) L. 1. pr. § 10. L. 3. § 8. D. *de tab. exhib.* (43. 5.) L. 2. § 4. D. *testam. quemadm. ap.* (29. 3.)

(35) L. 1. § 2-9. D. *de tab. exhib.* (43. 5.) L. 2. § 1-3. D. *test. quemadm. ap.* (29. 3.)

(36) Come prima quest' interdetto fu introdotto potè sorgere la quistione se ogni interesse che dava luogo a quest' interdetto precisamente per questo fosse anche un interesse legittimo, come l'*actio ad exhibendum* richiede, dal che si spiega la L. 3. § 8. D. *ad exhib.* (10. 4.)

sta si reputa comune a tutti coloro che vi han parte (37), così nell'Editto fu parimente permesso a ciascuno di chiedere di osservare il testamento eccetto la data, e di farne delle copie (38), ed a questo scopo a chiunque desidera (39) di osservarlo è dato un interdetto contro colui che corporalmente possiede la disposizione di ultima volontà (40), o che l'ha data ad altri in custodia (41), o che maliziosamente ne ha abbandonato il possesso (42). Del pari che l'*actio ad exhibendum* l'interdetto è *perpetuum* (43), passa agli eredi (44), e può anche dirigersi contro il padrone o padre del possessore (45). E parimente le prestazioni e le conseguenze, quando la presentazione non si faccia, sono qui perfettamente le stesse che in quell'azione (46). Del rimanente sebbene in niun luogo si dica che l'attore debba provare o almeno rendere verisimile il suo speciale interesse di osservare le disposizioni di ultima volontà, pure ciò s'intende da se, mentre il possessore altrimenti sarebbe esposto a molestie e ad indiscretezze insoffribili. È da notare che mentre pende una lite sull' eredità, o una disamina in cui appunto si tratta di una disposizione di ultima volontà, le parti non possono dai terzi esser costretti a presentarla, ma solo il documento sopra semplice richiesta dovrà venire sequestrato (47).

IV. *Condictiones ex causa*:

1) Principii generali.

§ 275. La natura della causa dell' acquisto *causa acquirendi* è per molti acquisti il fondamento di un' obbligazione legale di restituire l'acquistato, sebbene alcuno effettivamente siane divenuto proprietario, e le azioni che a ciò tendono, e che hanno origine fin dal dritto civile an-

(37) L. 2. pr. D. *test. quemadm. ap.* (29. 3.)
(38) L. 1. pr. § 1. 6. D. *eod.* L. 3. C. *eod.* (6. 32.)
(39) L. 2. § 3. 8. D. *eod.* L. 1. pr. L. 3. § 8-10. D. *de tab. exhib.* (43. 5.)
(40) L. 1. pr. § 1. L. 3. § 3. D. *eod.*
(41) L. 3. § 2. D. *eod.*
(42) L. 1. pr. § 11. L. 2. L. 3. pr. § 6. L. 4. D. *eod.*
(43) L. 3. § 16. D. *eod.*
(44) L. 3. § 17. D. *eod.* L. un. C. *eod.* (8. 7.)
(45) L. 3. § 4. D. *eod.*
(46) L. 1. § 1. L. 3. § 11-15. D. *eod.* L. 5. pr. D. *de in litem jur.* (12. 3.)
(47) L. 5. D. *de tab. exhib.* (43. 5.). Non si oppongono L. 4. § 1. D. *test. quemadm. ap.* (29. 3.) L. 6. D. *de transact.* (2. 15.), nelle quali è attribuito il dritto all'esibizione soltanto a coloro che disputano intorno all' eredità.

tico son dette *condictiones ex causa*, le quali, come il nome stesso fa manifesto, appartengono alle *actiones stricti juris*. Ma i molti casi che qui si prendono in considerazione si possono ridurre a più classi e specie, e però le *condictiones ex causa* hanno non pure una diversa denominazione, ma in parte eziandio una teorica alquanto diversa. Chiamansi la *condictio ob causam datorum*, la c. *ob turpem causam*, la c. *sine causa*, la c. *ob injustam causam*, e la c. *indebiti*, delle quali le due ultime son da riguardarsi soltanto come speciali applicazioni della *condictio sine causa*. Tutte presuppongono che l' attore non sia più proprietario della cosa che si richiede (1), e si fondano sopra una *obligatio quasi ex contractu* (2), giacchè esse non risultano nè da una convenzione, nè da una violazione di dritto (3). Passano eziandio attivamente e passivamente agli eredi o ad altri successori universali (4), e possono intentarsi contro il padre o padrone del debitore nella stessa misura che le azioni de' contratti (5). Come azioni civili sono tutte *actiones perpetuae* (6), e come *actiones stricti juris* tendono solo alla restituzione dell' acquisto colle pertinenze ed accessioni (7), unitamente al rimborso per la perdita e pei deterioramenti delle cose, in quanto il convenuto ne abbia la colpa (8), ed il danno possa valutarsi senza il *juramentum in litem* (9). L' attore quì non può domandare interessi moratorii, nè in generale il compenso di qualche altro ulteriore interesse (10). Nondimeno il convenuto deve restituire i frutti raccolti e i

(1) L. 12. D. *usufruct. quemadm. cav.* (7. 9.) L. 53. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(2) Veramente ciò non è espressamente indicato che per la sola *condictio indebiti* nel § 7. *J. de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 5. § 3. D. *de O. et A.* (44. 7.). Confr. nondimeno L. 65. § 4. L. 66. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(3) Per tanto anche le *obligationes quasi ex maleficio* presuppongono sempre un fatto dannoso e che viola i dritti.

(4) L. 12. L. 26. § 11. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 1. C. *eod.* (4. 5.) L. 3. C. *de cond. ob caus. dat.* (4. 6.) L. 4. C. *de ser. perm.* (4. 64.) L. 2. C. *de don. quae sub modo* (8. 55.) L. 1. L. 3. C. *de aleator.* (3. 43.) L. 15. L. 16. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.)

(5) L. 4. D. *de aleator.* (11. 5.) L. 3. C. *eod.* (3. 43.)

(6) Qui non viene in niuna parte indicato un termine speciale per la prescrizione.

(7) L. 7. § 1. L. 12. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 15. pr., L. 65. § 5. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(8) L. 15. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 7. L. 26. § 12. L. 65. § 6-8. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 10. § 1. L. 11. L. 12. pr. D. *commod.* (13. 6.) L. 5. § 1. L. 17. § 2. 3. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 4. C. *de ser. perm.* (4. 64.)

(9) L. 5. pr. § 4. D. *de in litem jur.* (12. 3.)

(10) L. 1. C. *de cond. ind.* (4. 5.)

prodotti (11), ma dall'altro lato gli si debbono rimborsare le spese necessarie ed utili fatte per le cose restituite (12). Pel caso fortuito il convenuto regolarmente non è responsabile che quando si trovi in mora (13). Del resto queste *condictiones*, egualmente che le altre, possono essere tanto *condictiones certi*, quanto *condictiones incerti* s. *Triticariae*, secondochè si tratta della restituzione di una determinata somma di danaro, o di un altro oggetto (14).

2) *Singole condictiones ex causa.*

A. *condictio ob turpem causam* e c. *ob causam datorum.*

§ 276. Due delle *condictiones ex causa* presuppongono essenzialmente un *dare*, nel qual rapporto nondimeno la remissione di un credito si ritiene anche come un dare (1). Un siffatto dare può avere una causa immorale e turpe *causa turpis*, ovvero una causa onesta *causa honesta* (2).

1.° Al dare della prima specie si riferisce la *condictio ob turpem causam*, nella quale sono anche da distinguere tre casi, 1) se la turpitudine del dare riguarda soltanto colui che ha dato, allora cessa il dritto di ripetere ciò che s'è dato (3). Il medesimo 2) ha luogo nel caso più comune, allorchè il dare è ignominioso così per chi dà come per chi riceve (4), sebbene qui in alcune circostanze si dià luogo alla confisca di ciò che s'è dato (5). Per contrario 3) allorchè la causa del dare è semplicemente ignominiosa pel ricevente, la *condictio* è ben fon-

(11) L. 7. § 1. L. 12. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 38. § 1-3. D. *de usur.* (22. 1)

(12) L. 5. pr. § 2. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 26. § 12. L. 65. § 5. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(13) L. 3. § 3. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 17. § 4. L. 20. § 2. L. 24. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 32. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.). Sopra un'eccezione veggasi L. 17. § 1. D. *praescr. verb.* (15. 5.) L. 1. § 1. D. *de aestimat.* (19. 3.)

(14) L. 12. D. *de novat.* (46. 2.) L. 22. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 5. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 2 § 3. 4. D. *de donat.* (39. 5.) L. 3. D. *de cond. sine causa* (12. 7.) L. 1. D. *de cond. tritic.* (13. 3.) L. 16. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) L. 9. pr. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(1) L. 25. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 4. L. 10. D. *de cond. ob caus. dat.* (12. 4.)

(2) L. 1. pr. D. *eod.* L. 1. D. *de cond. ob turp. caus.* (12. 5.)

(3) L. 4. § 3. D. *eod.*

(4) L. 2. § 2. L. 3. L. 4. pr. § 1. L. 8. D. *eod.* L. 2. L. 5. C. *eod.* (4. 7.)

(5) Nov. 124. c. 2. Auth. *Novo jure* C. *eod.*

data, e però colui che ha dato può ripetere le cose date (6). Per riguardo a questa ripetizione valgono le regole generali sulle *condictiones ex causa*, il che anche per rapporto alla responsabilità pel caso fortuito non patisce veruna eccezione (7).

2.° Ma anche quel che si è dato *ex causa honesta* può non di rado esser ridomandato, ed a ciò tende la *condictio ob causam datorum* s. *condictio causa data, causa non secuta* (8). Essa riguarda il *datum ob rem* s. *ob causam futuram*, cioè quando si è data qualche cosa per uno scopo futuro, nel qual caso, finchè questo scopo non si è adempiuto, *dum causa dandi secuta non est*, colui che ha dato ha la facoltà di ripetere con questa azione le cose date (9), presupposto però che la causa del dare non sia fondata sopra alcuno degli antichi contratti, per la qual ragione eziandio una precedente stipulazione esclude la *condictio* (10), essendochè la sua prima origine sta appunto in connessione con ciò, che l'antico dritto civile *ex pacto nudo* da una parte non riconosceva l'azione per costringere all'adempimento, ma dall'altra non riconosceva neppure alcuna *soluti retentio*. Il caso più comune del *datum ob rem* è quando si dà qualche cosa a cagione di una futura prestazione del ricevente, che questi ha promessa mediante un semplice patto, nel qual caso la *condictio* nell'epoca Imperiale concorre elettivamente coll' *actio praescriptis verbis* (11). Intanto lo scopo

(6) L. 1. § 2. L. 2. pr. § 1. L. 4. § 2. 4. L. 5. L. 9. pr. § 1. D. *eod.* L. 3. § 3. L. 5. § 1. L. 7. pr. D. *de calumniator.* (3. 6.) L. 3. L. 4. L. 6. L. 7. C. *de cond. ob turp. caus.* (4. 7.)

(7) Non si oppone la L. 7. C. *eod.*

(8) L. 1. pr. D. *de cond. ob caus. dat.* (12. 4.) L. 1. § 1. D. *de cond. ob turp. caus.* (4. 5.). *Waechter* doctr. de cond. causa data causa non secuta. Tubingae 1822. 8.

(9) L. 1. pr. L. 3. pr. § 1-3. L. 4. L. 5. L. 16. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 1. pr. § 1. D. *de cond. ob turp. caus.* (12. 5.) L. 23. § 3. L. 52. L. 65. § 3. 4. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 27. § 1. D. *mand.* (17. 1.) L. 5. pr. § 1. 2. L. 7. L. 17. § 2. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(10) L. 65. § 3. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 4. L. 7. C. *de rer. perm.* (4. 64.) L. 12. C. *de contr. empt.* (4. 38.) L. 5. C. *de O. et A.* (4. 10.) L. 3. C. *de donat. quae sub modo* (8. 55.)

(11) L. 3. § 2. 3. L. 5. L. 11. L. 14. L. 16. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 52. L. 65. § 4. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 27. § 1. D. *mand.* (17. 1.) L. 1. § 4. D. *de rer. perm.* (19. 4.) L. 5. pr. § 1. 2. L. 7. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 4. L. 7. C. *de rer. perm.* (4. 64.) L. 2. L. 4. L. 5. L. 9. L. 10. C. *de cond. ob caus. dat.* (4. 6.). Quando *Meno-Pohls* dei contratti innominati Heidelb. 1821. p. 86. seg. fa notare che la *condictio ob causam datorum* in questa applicazione sta in contraddizione con la regola che anche il *pactum nudum* produca la *exceptio pacti* nello scopo della *soluti retentio*, ciò è perfettamente esatto. Ma siccome si è notato nel § 118. questa regola

del dare può essere anche tale che non dia luogo all' *actio praescriptis verbis*, ma soltanto alla *condictio* (12). Anche qui sono parimenti applicabili i principii generali sulle *condictiones*, per rispetto tanto alle prestazioni (13), quanto alla trasmissione agli eredi (14), ed anche qui per regola il convenuto non è responsabile per l' avvenimento fortuito, che ha colpito le cose date (15), salvo allorchè si trovi in mora di restituire, o di fare la prestazione promessa (16). Ma vi ha tuttavia una differenza essenziale, se 1) la ripetizione abbia luogo, perchè il convenuto trascuri la prestazione promessa, o perchè lo scopo del dare per sua colpa sia interamente svanito, ovvero se 2) colui che ha dato per un arbitrario pentimento *ex mera poenitentia* si ritiri indietro, il che egli in tutt' i casi può sempre fare, finchè lo scopo non è adempiuto, e non già nel solo caso che siasi dato uno schiavo per lo scopo della manomissione del medesimo (17). Nel caso di un semplice penti-

non apparteneva di già al dritto civile antico, dal quale la *condictio* ebbe origine. La *condictio* è più antica, e si conservò non ostante l' ammissione di quella regola, giacchè, quando quella regola fu introdotta non eravi ancora alcuna *actio praescriptis verbis*, e per conseguenza colui che avea dato, se non si fosse conservata la *condictio*, avrebbe dovuto patire un danno.

(12) L. 1. § 1. L. 2. L. 6. L. 7. L. 8. L. 9. pr. L. 10. L. 12. L. 13. L. 15. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 65. § 3. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 38. § 1. D. *de usuris* (22. 1.) L. 35. § 3. D. *de mort. causa don.* (39. 6.) L. 1. C. *de cond. ob caus. dat.* (4. 6.)

(13) L. 7. § 1. L. 12. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 38. § 1-3. D. *de usur.* (22. 1.) L. 15. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 10. § 1. L. 11. L. 12. pr. D. *commod.* (13. 6.) L. 5. § 1. L. 17. § 2. 5. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 4. C. *de rer. perm.* (4. 64.) L. 1. C. *de cond. ind.* (4. 5.)

(14) L. 3. C. *de cond. ob caus. dat.* (4. 6.) L. 4. C. *de rer. perm.* (4. 64.) L. 3. C. *de don. quae sub modo* (8. 55.)

(15) Un' eccezione speciale trovasi nel *pactum aestimatorium* L. 1. § 1. D. *de aestimator.* (19. 3.) L. 17. § 1. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(16) L. 3. § 3. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 17. § 4. L. 20. § 2. L. 24. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(17) L. 3. § 2. 3. L. 5. pr. § 1. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 27. § 1. D. *mand.* (17. 1.) L. 5. § 2. L. 7. D. *praescr. verb.* (19. 5.). Di altra opinione è *Gans* Dritto di obbligazione p. 206. seg. Il dritto del pentimento era al certo di antichissima origine, e dee riguardarsi propriamente come una emanazione e residuo di ciò, che l' antico dritto civile non riconosceva alcuna *soluti retentio ex pacto nudo*. Il mutamento di volontà di cui parla la costituzione di Marco Aurelio, la quale disponeva che uno schiavo venduto *sub lege manumissionis* dovesse divenir libero *ipso jure*, quando il *modus* non si fosse osservato, avea un altro rapporto, cioè che quando il venditore avesse mutato la sua volontà, lo schiavo non divenisse più libero *ipso jure*, sebbene non ne restasse pregiudicato il suo dritto alla manomissione L. 3. D. *de serv. export.* (18. 7.) L. 1. L. 3. L.

mento, il quale sempre si suppone, quando si richiede ciò che si è dato prima del tempo in cui lo scopo del dare si dovea verificare (18), l' attore dee prestare al convenuto l' interesse che questi avea che lo scopo fosse conseguito, e segnatamente rimborsargli le spese fatte a questo fine, mentre nel caso della ripetizione perchè il ricevente sia in mora, o abbia fatto svanire lo scopo non è nulla da compensare a questo riguardo (19). Dopo che la *causa dandi* si è verificata, cessa interamente la *condictio* (20), ed ancora si reputa come verificata la causa del dare, allorchè essa è divenuta impossibile per un avvenimento fortuito *che non colpisca semplicemente la persona del ricevente* (21), il che veramente alcuni Giureconsulti Romani non ammettevano (22), ma di poi fu stabilito da una decisione di Diocleziano (23). Se lo scopo del dare consiste semplicemente in ciò, che si tralasci qualche cosa, esso naturalmente si dee riguardare come immediatamente conseguito; nondimeno la *condictio* in tal caso diviene ammissibile, allorchè il ricevente agisca di poi in opposizione allo scopo (24). Nella *donatio sub modo* la cosa donata può ripetersi solo quando non si è osservato il *modus*, e però è interamente escluso un arbitrario *jus poenitendi* (25), e parimente nella transazione non è ammessa la *condictio* se non quando l' altro contraente rompe la transazione (26).

6. L. 9. D. *qui sine man* (40. 8.) L. 38. § 1. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 2. L. 3. L. 5. C. *si manc. ita fuerit alien.* (4. 57.). Attualmente per verità si può in regola rigettare il dritto del pentimento quando vi può esser luogo all' actio praescriptis verbis, imperocchè il *pactum* ora è eguagliato alla stipulazione. Nondimeno si debbono eccettuare ancora quei casi, nei quali chi riceve si obbliga propriamente a vantaggio di chi dà, come nella L. 5. pr. § 1. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 10. § 1. D. *commod.* (13. 6.) L. 22. D. *praescr. verb.* (19. 5.); e quando può aver luogo soltanto la *condictio*, e non l' *actio praescriptis verbis* non vi è alcuna ragione di non ammettere più il dritto del pentimento.

(18) L. 5. § 2. D. *eod.* L. 3. § 3. L. 5. pr. D. *de cond. causa data* (12. 4.)

(19) L. 5. pr. § 2. D. *eod.*

(20) L. 1. pr. D. *eod.*

(21) L. 3. § 3. L. 5. pr. § 2. 3. 4. D. *eod.* L. 5. § 1. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 5. L. 10. C. *de cond. ob caus. dat.* (4. 6.)

(22) L. 16. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 2. § 7. D. *de donat.* (39. 5.)

(23) L. 5. L. 10. C. *de cond. ob. caus. dat.* (4. 6.)

(24) L. 3. C. *eod.* L. 3. pr. § 1. L. 8. D. *eod.*

(25) L. 2. L. 3. L. 6. L. 8. C. *eod.* L. 1. L. 3. C. *de don. quae sub modo* (8. 55.) L. 10. C. *de revoc. donat.* (8. 56.)

(26) L. 23. § 3. L. 65. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

B. *Condictio sine causa.*

a) In generale.

§ 277. Tra le *condictiones ex causa* quella che ha la più estesa applicazione è la *condictio sine causa*, ed è fondata sul principio che niuno senza una legittima ragione si debba arricchire col danno altrui (1), e per conseguenza, fatta astrazione da parecchie positive eccezioni e limitazioni, può intentarsi ogni volta che A. alcuno abbia acquistato qualche cosa senza una legittima ragione, *sine justa causa*, tanto se in generale niuna siffatta ragione sia esistita, quanto se la ragione che esisteva al tempo dell' acquisto sia già nuovamente cessata, *causa finita* (2); ovvero ogni volta che B. negli acquisti, i quali sono fondati sulla sola esistenza di certi rapporti, questi rapporti son cessati, cosicchè venga di poi a mancare una legittima ragione per l'ulteriore conservazione dell' acquisto; *si res rediit ad non justam causam* (3).

1.° I casi della prima specie sono particolarmente: 1) allorchè un acquisto si fonda sopra un atto giuridico nullo, o perchè siavi intervenuto un errore sostanziale (4), o perchè vi manchino i necessarii requisiti (5), o perchè sia stato specialmente riprovato dalla legge (6), nel qual ultimo caso la *condictio* appellasi in preferenza *condictio ob injustam causam* (7), ma presuppone che l' affare non contenga un dare

(1) L. 206. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 6. § 2. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 14. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 22. § 8. D. *de transact.* (2. 15.) *W. Sell* Saggi parte I. Giess. 1833. n. 1.

(2) L. 1. § 2. L. 4. D. *de cond. sine causa* (12. 7.)

(3) L. 4. § 3. L. 2. D. *eod.* L. 58. pr. D. *de solut.* (46. 3.) L. 11. § 6. D. *de act. empti* (19. 1.)

(4) L. 12. L. 18. L. 32. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 22. § 9. D. *mandati* (14. 1.) Non si oppone L. 36. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(5) L. 24. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 7. D. *de cond. ob turp. caus.* (12. 5.) L. 54. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 11. § 2. L. 12. L. 13. pr. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 22. § 8. D. *de transact.* (2. 15.) L. 4. C. *de cond. ex lege et sine causa* (4. 9.) L. 7. C. *de non num. pec.* (4. 30.)

(6) L. 5. § 18. L. 6. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.) L. 4. D. *de aleator.* (11. 5.) L. 1. L. 3. C. *eod.* (3. 43.) L. 18. C. *de usur.* (4. 31.) L. 26. D. *de cond. ind.* (12. 6.); Paul. II. 14. § 2. 4.; Fragm. Vat. § 266.; L. 24. § 1. D. *de aquae.* (39. 3.) L. 34. § 2. L. 35. § 3. C. *eod.* (8. 54.)

(7) L. 5. § 18. L. 6. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.) L. 6. D. *de cond. ob turp. vel injust. caus.* (12. 5.) L. 4. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

ignominioso per colui che ha dato (8), e che non siasi fatta la prestazione con la evidente intenzione di riconoscere l'affare, non ostante la sua invalidità (9); 2) allorchè un affare da principio valido, ma di poi già estinto per l'adempimento o per altra guisa invalidato è divenuto la causa di un acquisto (10); 3) allorchè uno incapace di disporre ha dato via qualche cosa, senza che importi il vedere se ciò abbia fatto per giuste ragioni o no (11); 4) allorchè per errore si è data alcuna cosa per uno scopo non fondato, o per una non fondata occasione (12); 5) allorchè il possessore di cose altrui le ha indebitamente consumate (13); 6) allorchè alcuno per una indebita alienazione di cose altrui si è arricchito, ma solo in quanto le cose non si possano più rivendicare (14); 7) allorchè l'acquisto è fondato sulla specificazione di cose altrui fatta di propria autorità, nel qual caso per altro è applicabile anche l' *actio ad exhibendum* (15), e nel caso della *mala fides* sono ammissibili anche le azioni di furto (16); da ultimo 8) allorchè alcuno per accessione ha acquistato delle cose altrui, nel qual caso vale il medesimo, nella presupposizione che l'unione provenga da lui (17), giacchè altrimenti non ha luogo contro di lui alcun'azione pel rimborso (18).

(8) L. 8. D. *de cond. ob turp. caus.* (12. 5.)

(9) L. 1. L. 26. pr. § 1. 2. L. 54. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 53. D. *de R. J.* (50. 17.); Paul. II. 14. § 2. 4.

(10) L. 1. § 1. 2. L. 4. D. *de cond. sine causa* (12. 7.) L. 54. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(11) § 2. J. *quib. alien. licet vel non* (2. 8.) L. 29. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 11. § 2. L. 12. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(12) L. 5. D. *de cond. sine causa* (12. 7.) L. 34. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 16. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) L. 3. § 5-8. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 22. § 9. D. *mandati* (17. 1.). Soltanto bisogna che non vi sia stato l' *animus donandi* L. 65. § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(13) L. 4. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 30. pr. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 3. C. *de cond. ex lege* (4. 9.) L. 55. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 4. § 2. D. *fin. reg.* (10. 1.)

(14) L. 49. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 23. D. *de reb. cred.* (12. 1.). Intanto qui la restrizione soltanto nel caso della *bona fides* è importante; imperocchè nel caso della *mala fides* può promuoversi la *condictio furtiva*, nella quale cessa la restrizione; veggasi il § 283.

(15) L. 12. § 3. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(16) Caj. II. 79.; L. 14. § 3. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 52. § 14. D. *de furtis* (47. 2.)

(17) Caj. II. 78.; § 26. 27. 33. 34. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 23. § 2. 5-7. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 7. § 10. 11. 13. D. *de adq. rer. dom.* (41.1.)

(18) L. 48. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 14. § 1. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 33. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 14. D. *de doli exc.* (44. 4.) *Guyet* trat. della sfera del dritto civile n. 10.

ma colui che ne soffre danno, se è nel possesso delle cose unite, e nel tempo stesso è di buona fede può soltanto difendersi con la *exceptio doli*, finchè gli siano rimborsate le sue cose e le sue spese che si debbono riguardare come spese utili (19).

2.° Per contrario i casi in cui la conservazione di un acquisto viene posteriormente a mancare di causa sono: 1) allorchè si verifica una condizione risolutiva, o un termine finale aggiunto all' acquisto (20), al che per le donazioni fra gli sposi, secondo la disposizione di Costantino si riferisce anche il caso che la promessa di nozze in qualsivoglia guisa si sciolga (21); 2) allorchè il detentore rimborsi al proprietario il valore delle cose perdute, e questi posteriormente le ricuperi a titolo gratuito (22), 3) allorchè non si verifichi o si estingua un rapporto giuridico, dopo che anticipatamente fu per suo riguardo prestata qualche cosa (23). Oltre a ciò quando una delle altre *condictiones ex causa* può aver luogo, in vece di essa può anche farsi uso della *condictio sine causa* (24); per la qual ragione questa si divide nella *condictio sine causa specialis et generalis*. È indifferente in che consista l'oggetto dell' acquisto; la *condictio* tende anche alla liberazione dalle promesse senza causa, come pure alla restituzione delle scritture di obbligo che ad esse si riferiscono (25). Sulle prestazioni non si trova nulla di speciale, e per conseguenza si applicano le regole generali per le *condictiones ex causa*.

b) *Condictio indebiti.*

§ 278. Una teoria della *condictio sine causa* in più punti modificata si è formata pel caso che alcuno per errore abbia prestato qualche cosa che non dovea, ed allora chiamasi *condictio indebiti* (1). Non im-

(19) Caj. II. 76. 77. 78.; § 30. 32. 34. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 23. § 3. 4. L. 48. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 45. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 7. § 12. L. 9. pr. § 1. 2. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 14. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(20) L. 4. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 2. C. *de cond. ex lege* (4. 9.)

(21) L. 15. L. 16. pr. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.)

(22) L. 2. D. *de cond. sine causa* (12. 7.)

(23) L. 11. § 6. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 3. § 5. D. *de collat.* (37. 6.) L. 12. D. *de cond. causa data* (12. 4.)

(24) L. 1. pr. § 1. L. 4. D. *de cond. sine causa* (12. 7.)

(25) L. 3. D. *eod.* L. 4. C. *de cond. ex lege* (4. 9.) L. 7. L. 14. § 4. C. *de non num. pec.* (4. 30.)

(1) Caj. III. 91.; § 1. J. *quib. mod. re* (3. 14.) § 6. 7. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 5. § 3. D. *de O. et A.* (44. 7.)

porta di quale specie sia la prestazione, ma tutto ciò che può essere oggetto di un' obbligazione può anche servir di appoggio alla *condictio indebiti* (2). È nondimeno essenziale 1) che alcuno abbia fatta la prestazione nella erronea opinione di essere a ciò obbligato (3). Imperocchè chi scientemente presta ciò che non deve, vien riguardato come se per una simulazione di estinzione di debito, o per un riconoscimento di un debito invalido abbia voluto donare (4). Intanto, secondo una decisione di Giustiniano, il dubbio sulla esistenza di un debito equivale all' errore (5), e in generale non si fa distinzione se l' errore è di dritto o di fatto (6), quantunque ci abbia alcuni casi, nei quali l' errore di dritto qui non viene considerato (7). Dal requisito predetto 2) segue spontaneamente, che il supposto debito che si è pagato debba essere inesistente. Se un debito esistesse anche come una semplice *obligatio naturalis*, allora non si darebbe luogo alla *condictio* pel motivo che il debitore si fosse reputato civilmente obbligato (8); per la qual ragione cessa parimente la *condictio* quando una eccezione perentoria che il debitore ha ottenuta, lascia sussister tuttavia la *naturalis obligatio* (9). Nondimeno nelle ordinarie *obligationes inefficaces* si può usare della *condictio*, allorchè il debitore non abbia conosciuto

(2) L. 21. § 1. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 25. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 12 L. 15. § 1. 2. L. 22. § 1. L. 24. L. 31. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 2. L. 3. C. *eod.* (4. 5.)

(3) L. 1. § 1. L. 7. L. 24. L. 26. § 2. L. 28. L. 50. L. 54. D. *eod.*

(4) L. 53. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 7. § 2. D. *pro empt.* (41. 4.) L. 12. D. *de novat.* (16. 2.) L. 9. C. *ad leg. falc.* (6. 50.) L. 9. C. *de cond. ind.* (4. 5.)

(5) L. 11. C. *eod.* Confr. L. 2. pr. L. 56. pr. D. *eod.*

(6) L. 1. § 1. L. 38. pr. L. 54. L. 66. D. *eod.* L. 1. pr. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.) L. 37. D. *de auro leg.* (34. 2.) L. 16. § 14. D. *de publican.* (39. 4.); *Muhlenbruch* nell' Arch. per la prat. civ. vol. II. n. 35. § 8.; *Claussen* nel giornale di giurisprudenza Kiel 1844. p. 164. seg.

(7) V. Nota 45. e 46. Ad un caso di eccezione di tal fatta si dovè riferire il Rescritto di Costantino nella L. 10. C. *de jur. et facti ignor.* (1. 18.) « Cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est ».

(8) Theoph. III. 20. § 1.; L. 3. § 7. D. *quod quisque jur.* (2. 2.) L. 13. L. 14. L. 38. L. 60. L. 64. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 10. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 16. § 4. L. 21. § 2. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.) L. 26. § 12. L. 32. § 2. L. 65. § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 7. § 2. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.) L. 1. § 2. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 13. § 2. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(9) L. 14. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 8. L. 9. L. 11. L. 19. pr. L. 40. pr. L. 60. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 7. § 16. L. 9. pr. § 4. 5. L. 10. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 60. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 32. D. *fam. herc.* (10. 2.)

l'eccezione che gli competeva (10), ed il suo errore per tal rapporto sia un errore di fatto (11). Le obbligazioni invalide, o di già estinte naturalmente si hanno a riguardare come inesistenti (12); ed a queste si riferisce eziandio il caso che alcuno creda di esser debitore di ciò che un altro deve, ed in questa opinione adempia (13), ovvero il caso che un effettivo debitore per errore paghi a chi non avea il dritto di esigere, o presti una cosa non dovuta, o più di quel che dovea (14), ovvero il caso che in una obbligazione alternativa sia prestato più di un oggetto (15), ovvero il caso che in un rapporto correale la prestazione, che si dovrebbe fare una sola volta, siasi fatta a più persone o da più persone (16), ovvero il caso che alcuno creda senza condizione un debito condizionale (17). Per regola la *condictio indebiti* appartiene a colui dal quale la prestazione proviene, ed a' suoi eredi (18). Ma se egli ha voluto pagare il supposto debito di un altro per conto di costui, allora non può agire se non quando quest' ultimo non approvi la gestione del negozio, giacchè altrimente il dritto dell'azione passa a colui, per conto del quale si è pagato (19). Se si sieno pagati dei legati, mentre di poi si trova che il testamento è invalido, allora non già il creduto erede che ha pagato, ma solo il vero erede ha dritto alla *condictio* (20). Da ultimo se più persone han pagato il medesimo debito, la *condictio* spetta solo a colui che è stato l'ultimo a pagare, se ciò è noto (21), altrimenti ciascuno può ripetere

(10) L. 1. § 1. L. 24. L. 26. § 3. 7. L. 50. L. 51. L. 56. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 40. L. 42. pr. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 34. § 11. D. *de solut.* (46. 3.) L. 5. C. *de pact.* (2. 3.) L. 9. C. *ad Sct. Vellej.* (4. 29.)

(11) V. Nota 46.

(12) L. 2. § 1. L. 3. L. 4. L. 23. pr. § 1. 2. L. 25. L. 26. pr. L. 37. L. 41. L. 54. L. 67. § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 25. § 2. D. *de probat.* (22. 3.)

(13) L. 19. § 1. L. 65. § 9. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 31. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.)

(14) L. 19. § 3. L. 22. pr. L. 32. § 3. L. 26. § 4-6. L. 31. L. 39. L. 55. L. 65. § 9. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 25. § 2. D. *de probat.* (22. 3.). Una insignificante eccezione pei legati si contiene nella L. 19. D. *de legat.* II. (31.)

(15) L. 10. C. *de cond ind.* (4. 5.) L. 26. § 13. L. 32. pr. D. *eod.*

(16) L. 19. § 4. L. 20. L. 25. D. *eod.* L. 58. § 2. D. *de solut.* (46. 3.)

(17) L. 16. pr. § 1. L. 48. L. 60. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.). Ciò non ha applicazione nel pagamento fatto prima che sia venuto il *dies solutionis* o che si sia verificata una *conditio necessaria* L. 10. L. 17. L. 18. D. *eod.*

(18) L. 12. L. 53. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 1. C. *eod.*

(19) L. 6. pr. § 3. L. 53. L. 57. pr. D. *eod.* L. 6. C. *eod.* Ma naturalmente colui che ratifica può esser convenuto con l' *actio negotiorum gestorum.*

(20) L. 3-5. D. *eod.*

(21) L. 25. L. 59. L. 67. § 1. 2. D. *eod.*

una porzione virile, eccetto quando abbiano prestato oggetti diversi, nel qual caso il creditore ha la facoltà di scegliere quali oggetti voglia restituire (22). Il convenuto è in prima colui che ha ricevuto (23), il quale, se conosceva che la prestazione era un *indebitum*, può esser convenuto eziandio come ladro (24), ed il suo erede (25). Nondimeno se al ricevente siasi fatta la prestazione per conto di un altro, e questi approvi la ricevuta della prestazione, allora colui che ha pagato si può rivolgere anche contro costui (26), e se alcuno per errore abbia pagato il debito di un altro, allora non può dirigere la sua *condictio* contro il creditore, che ha ricevuto il pagamento, ma solo contro il debitore, che n'è rimasto liberato (27). Parimente chi indebitamente si è obbligato, ed è stato delegato può agire solamente contro il delegante e non già contro il delegatario (28). Lo scopo generale della *condictio indebiti* è la restituzione di ciò che si è prestato, o del valore, secondo le ordinarie regole intorno alle *condictiones ex causa* (29). Ma secondo la differenza della prestazione anche l'oggetto dell'azione soffre parecchie modificazioni. Se un debito è stato indebitamente rimesso, l'azione tende al ristabilimento del medesimo, e se alcuno si è indebitamente obbligato, nel qual caso per altro compete anche *l'exceptio doli*, essa tende alla liberazione ed alla restituzione della scrittura che forse si è distesa (30). Sul dritto di scelta, allorchè le cose che si doveano dare alternativamente, sono state date tutte, le opinioni dei Romani Giureconsulti eran divise; nondimeno Giustiniano ha riconosciuto questo dritto in colui che ha

(22) L. 19. § 4. L. 20. L. 21. D. *eod.*

(23) L. 49. D. *eod.* L. 8. C *eod.*

(24) L. 18. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 14. D. *de cond. causa data* (12. 4.)

(25) L. 26. § 11. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(26) L. 6. § 1. 2. L. 57. § 1. D. *eod.* L. 14. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 59. D. *de solut.* (46. 3.)

(27) L. 44. L. 47. D. *de cond. ind.* (12. 6.). Non contradice la L. 2. § 3. 4. D. *de donat.* (39. 5.)

(28) L. 12. L. 13. L. 19. L. 33. D. *de novat.* (46. 2.) L. 7. pr. § 1. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 41. pr. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 78. § 5. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 26. § 12. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 2. C. *eod.*

(29) L. 7. L. 15. pr. L. 19. § 2. L. 26. § 12. L. 65. § 5-8. D. *eod.* L. 25. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 38. § 2. D. *de usur.* (22. 1.) L. 1. C. *de cond. ind.* (4. 5.)

(30) L. 16. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) L. 31. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. ult. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 1. pr. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.) L. 5. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 2. § 3. 4. D. *de donat.* (39. 5.) L. 3. C. *de cond. ind.* (4. 5.) L. 7. C. *de non num. pec.* (4. 30.)

dato (31). Ma se tutte le cose per un avvenimento fortuito son perite o almeno non v' è rimasta che una, allora non si può nulla richiedere indietro (32). Per rispetto al carico della pruova si vuol distinguere: 1) se il convenuto nega di aver ricevuto la prestazione, e questa vien dimostrata, allora per pena deve egli fare la pruova dell' esistenza effettiva del debito (33), ma al contrario allorchè si concede di aver ricevuto, l' attore dee dimostrare che egli non dovea nulla ma pagò solo per errore; questa pruova però si può fare anche mediante il deferimento del giuramento (34). 2) Si fa eccezione da questa regola A. allorchè si ripete colla *condictio* una scrittura che si pretende di avere indebitamente rilasciata, nel qual caso il possessore dee sempre dimostrare il suo credito, finchè la querela non *numeratae pecuniae* non sia prescritta (35); e B. allorchè l' attore è un minore, o una donna, o un soldato, o un semplice contadino, nel qual caso del pari la pruova del debito è a carico del convenuto (36), eccetto solo quando un attore di tal fatta pretende semplicemente di aver pagato più che non dovea, o due volte lo stesso debito, il che anche a quelle persone privilegiate non vien creduto (37). 3) Il convenuto dee sempre provare (38) l' eccezione che l' indebito sia stato pagato scientemente (39), ma questa eccezione in generale è inammissibile contro le persone incapaci di disporre (40). La *condictio indebiti* è spezialmente esclusa allorchè si è pagato 1) dopo giurato il credito (41), o 2) in seguito di una transazione conchiusa (42), e perciò anche 3) in tutt' i casi, in cui la negazione del debito trae con se la conseguenza di dover pagare il doppio, imperocchè qui nel volontario pagamento del semplice si contiene una specie di transazione (43); e di più 4) allorchè si

(31) L. 10. C. *de cond. ind.* (4. 5.) Confr. con L. 26. § 13. D. *eod.*
(32) L. 32. pr. D. *eod.*
(33) L. 25. pr. D. *de probat.* (22. 3.)
(34) L. 25. pr. § 3. D. *eod.*
(35) L. 25. § 4. D. *eod.*
(36) L. 25. § 1. D. *eod.*
(37) L. 25. § 2. D. *eod.*
(38) V. Nota 4.
(39) Perchè le donazioni non si presumono § 266. Nota 33.
(40) L. 29. D. *de cond. ind.* (12. 6.)
(41) § 11. J. *de act.* (4. 6.)
(42) L. 65. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 23. C. *de transact.* (2. 4.) L. 32. D. *fam. herc.* (10. 2.)
(43) § 7. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 4. C. *de cond. ind.* (4. 5.) Confr. L. 23. § 4. D. *eod.*

tratta del pagamento di una pena (44); 5) allorchè dei legati invalidi sono stati soddisfatti per errore di dritto, e ciò per effetto di Rescritti di Antonino Pio ed altri Imperadori (45); e 6) allorchè un debitore per errore di dritto abbia ignorato l'eccezione che gli competeva (46). Ma nondimeno contro cosiffatte eccezioni può per le ordinarie cagioni concedersi la restituzione (47).

V. Obbligo della garentia:

1) *Principii generali.*

§ 279. L'autore, dal quale alcuno ha acquistato una cosa a titolo non gratuito, per regola è risponsabile tanto pei difetti giuridici nel rapporto del suo dritto, quanto anche pei difetti fisici della cosa, che non si sono presupposti, giacchè egli non solo 1) nel caso dell'evizione, cioè allorchè un terzo dimostra e fa valere la sua proprietà o altro dritto limitante sulla cosa, è tenuto per questo a prestare il valore, *evictionem praestare*, ma 2) è tenuto ancora a garentire che la cosa non abbia difetti occulti, e che abbia tutte quelle qualità le quali espressamente si sono assicurate. Questa risponsabilità dell'autore ora appellasi garentia ovvero *obbligazione di prestare la garentia*. Nel dritto Romano in questo rapporto trovasi l'espressione *auctoritas*, la quale però pare che si riferisca solamente alla prestazione dell'evizione (1). Per lo più l'obbligazione di prestar garentia si deduce dai principii generali sul dolo e l'errore, i quali principii, quando questi vizi han luogo, possono sempre essere applica-

(44) L. 42. D. *eod.* L. 74. D. *de solut.* (46. 3.) L. 46. D. *de R. J.* (50. 17.). Sta in contradizione la L. 23. § 4. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(45) § 25. J. *de legatis* (2. 20.) L. 9. § 5. D. *de jur. et facti ignor.* (22. 6.) L. 20. D. *de donat.* (39. 5.) L. 7. C. *de cond. ind.* (4. 5.) L. 2. C. *de fideicom.* (6. 42.) L. 9. C. *ad leg. falc.* (6. 50.) L. 2. C. *si adv. solut.* (2. 33.) L. 62. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(46) Siccome una *obligatio inefficax*, p. es. un debito prescritto, non è estinta, così il debitore che richiede indietro il pagamento, tende a fare un guadagno, e per conseguenza nel caso dell'errore di dritto gli sta contro la regola *error juris non prodest acquirere volentibus et lucrum captantibus* L. 7. L. 9. pr. D. *de jur. et facti ign.* (22. 6.). Probabilmente questo caso fu il soggetto del Rescritto contenuto nella L. 10. C. *eod.* (1. 18.)

(47) L. 25. pr. D. *de minor.* (4. 4.)

(1) L. 4. pr. L. 76. D. *de evict.* (21. 2.); Paul. S. R. II. 17. § 1. 3.; Fragm. Vat. § 10. Confr. § 168. Nota 1.

ti. Ma allato a ciò si è formata una propria teorica della prestázione di garentia, la quale a vantaggio di chi soffre il danno devia in più modi dalle ordinarie regole sul dolo e sull'errore. Del resto s'intende di per sè che possono anche farsi delle speciali convenzioni intorno alla garentia. Segnatamente è permesso di pattuire un risarcimento in più doppi (2), e presso i Romani la convenzione di pagare il doppio del valore, *duplae stipulatio*, era divenuta così frequente nella volontaria vendita di cose d'importanza, che da ultimo si giunse a riguardar come un dritto del compratore il richiedere la *duplae stipulatio*, ma solo come *cautio nudá*, senza prestazione di sicurtà, anzi gli fu permesso anche di ritrarsi dal contratto, quando quella stipulazione gli fosse ricusata, il qual principió si è conservato eziandio nel dritto Romano novissimo (3). Intánto non vi è mestieri di cosiffatte convenzioni, giacchè l'obbligo della garentia viene da sè, come se fosse stato convenuto (4), purchè però non siasi pattuito il contrario; e per tal ragione appunto esso appartiene alle *obligationes quasi ex contractu*. Ma la teorica della garentia è molto diversa, secondo che si tratta di difetti occulti e di qualità promesse ma non esistenti, al che si rapporta un Editto degli Edili (5), ovvero si tratta di evizione di una cosa; e però è quì necessario d'intrattenerci partitamente sopra amendue i casi.

2) *Prestazione di evizione.*

§ 280. L'obbligazione legale di prestare l'evizione originariamente avea luogo soltanto nella compra, ma fu poi estesa a qualunque acquisto di una cosa a titolo oneroso (1), dal che è derivato che l'azione da intentarsi per tal cagione nella compra addimandasi *actio empti* (2),

(2) L. 11. § 1. L. 32. L. 56. pr. § 2. L. 60. L. 74. pr. D. *de evict.* (21. 2.) L. 25. C. *eod.* (8. 45.)

(3) L. 37. L. 56. pr. D. *eod.* L. 28. L. 31. § 20. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 49. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(4) L. 66. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 23. § 4. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 6. C. *de evict.* (8. 45.)

(5) *Gell.* IV. 2.; L. 1. pr. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(1) L. 10. § 2. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 24. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 1. § 1. D. *de rer. perm.* (19. 4.) L. 5. § 2. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 19. § 5. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 66. § 3. D. *de evict.* (21. 2.) L. 1. § 8. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 46. § 1. L. 98. pr. D. *de solut.* (46. 3.) L. 14. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 8. C. *de sent. et interl.* (7. 45.) L. 4. L. 29. C. *de evict.* (8. 45.)

(2) L. 7. L. 8. L. 60. L. 70. D. *eod.* D. 25. C. *eod.*

e negli altri casi *actio utilis ex empto*, in vece della quale però, allorchè l' alienazione è fondata sopra un semplice *pactum*, si può anche far uso dell' *actio praescriptis verbis* (3). L' oggetto della medesima è regolarmente tutto quell' interesse che avea l' acquirente che l' evizione non fosse avvenuta (4). Verisimilmente da principio, allorchè si era fatta una mancipazione, l' interesse dovea esser pagato al doppio, ed appunto per questo venne il costume di fare la *duplae stipulatio* negli acquisti senza mancipazione (5); ma ciò nel dritto posteriore dovè cessare insiem colla mancipazione. L' obbligazione immediatamente è imposta solo all'autore ed al suo erede; ma possono eziandio darsi a tal fine dei fidejussori (6). Se gli autori sono più, son responsabili ciascuno *pro rata* (7), e lo stesso è di più eredi dell' autore (8). Chi ha alienato per conto di un altro non è responsabile se non ne'casi, in cui secondo le regole generali i mandatarii o tutori possono esser convenuti per effetto dei contratti conchiusi per altri (9), e siccome il creditore pignoratizio per rispetto al pegno vien tenuto come rappresentante del debitore (10), così vale il medesimo anche nella vendita del pegno che egli abbia fatta, se avea la facoltà di vendere, e di buona fede tenea per valida l' oppignorazione, e non si obbligò espressamente per la evizione (11). Se una cosa è passata per più mani, allora la prestazione dell' evizione non si può richiedere che dall' immediato autore e dagli eredi di costui, i quali anche alla loro vol-

(3) L. 4. C. *eod.* L. 24. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 14. L. 23. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 7. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.)

(4) L. 43. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 7. L. 8. L. 60. L. 70. D. *de evict.* (21. 2.) L. 9. L. 17. L. 25. C. *eod.*; Fragm. Vat. § 17.

(5) Paul. II. 17. § 3.; Varro de R. R. II. 10. Confr. nondimeno *Schulting* ad Paul. l. c.

(6) L. 4. pr. L. 22. § 1. L. 41. § 2. D. *eod.* L. 7. L. 11. L. 18. C. *eod.*

(7) L. 39. § 1. D. *eod.* La L. 51. § 4. D. *eod.* presuppone una promessa speciale.

(8) L. 62. § 1. L. 65. pr. D. *eod.* L. 85. § 5. L. 139. D. *de V. O.* (45. 1.)

(9) L. 67. D. *de procur.* (3. 3.) L. 4. § 1. L. 50. L. 66. § 3. D. *de evict.* (21. 2.) V. sopra § 251.

(10) L. 29. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(11) L. 59. § 4. D. *mandati* (17. 1.) L. 11. § 16. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 10. L. 12. § 1. D. *de distr. pign.* (20. 5.) L. 38. L. 50. D. *de evict.* (21. 2.) L. 1. L. 2. C. *cred. evict. non.* (8. 46.). Veramente s' intende da se che nella vendita pubblica delle cose pegnorate il Giudice non risponde per l' evizione; ma è inesatto quel che ammettono parecchi prattici, che qui in generale non si possa esser soggetto ad evizione L. 47. § 1. L. 50. D. *de evict.* (20. 2.) L. 13. C. *eod.*

ta possono rivolgersi contro il loro proprio autore (12). In generale è indifferente se l'evizione riguardi la cosa intera o una parte della proprietà (13), o solo un dritto limitante sulla medesima, o dei pesi che la gravano (14), o de' dritti di un fondo particolarmente dichiarati e promessi come esistenti (15). Inoltre è indifferente, se la evizione sia avvenuta per via di azione o di eccezione contro un'azione dell'acquirente (16). Anche la perdita della lite in possessorio è sufficiente, ma non già per far valere anche la *duplae stipulatio* (17); di più equivale ad una effettiva evizione il caso che alcuno, dopo la condanna, col pagamento della *litis aestimatio* abbia impedito l'evizione (18). Per contrario è essenziale 1) che l'evizione sia già avvenuta e non sia semplicemente temuta (19), giacchè la notizia che si ha d'un dritto di un terzo dà soltanto la facoltà di ritenere il prezzo, finchè sia prestata sicurtà per la evizione (20), ma non dà anche il dritto di richiedere incontanente la prestazione dell'evizione, eccetto A. allorchè si dimostri che il venditore conosceva il dritto del terzo, e nondimeno maliziosamente lo *tacque* al compratore che lo ignorava (21), e B. allorchè quest'ultimo posteriormente in altra guisa abbia acquistato il dritto del terzo, cosicchè l'evizione per questa ragione non possa più avvenire (22); 2) che l'evizione sia fondata sopra un dritto dell'evincente che già esi-

(12) L. 15. D. *de minor.* (4. 4.) L. 29. pr. D. *de evict.* (21. 2.)

(13) L. 1. L. 34. § 1. L. 39. § 2. L. 53. pr. L. 64. pr. § 3. D. *eod.*

(14) L. 66. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 21. § 1. L. 39. L. 41. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 9. C. *eod.* (4. 49.) L. 61. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 15. § 1. L. 34. § 2. L. 39. § 5. L. 46. pr. L. 69. § 5. D. *de evict.* (21. 2.) L. 4. § 8. D. *de re jud.* (42. 1.). Alcuni Giureconsulti Romani in vero qui volevano ammettere la prestazione dell'evizione soltanto allorchè la cosa fosse stata venduta « *uti optima maximaque* » cioè libera da pesi L. 59. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 48. D. *de evict.* (21. 2.) L. 90. L. 169. D. *de V. S.* (50. 16.). Ma l'opinione opposta pare che sia divenuta la *recepta sententia*. Di altra opinione è il *Vangerow* Pand. vol. III. p. 315. seg.

(15) L. 66. pr. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 6. § 4. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 16. pr. L. 75. D. *de evict.* (21. 2.) L. 17. § 3. D. *de S. P. U.* (8. 2.)

(16) L. 16. § 1. D. *de evict.* (21. 2.) Confr. L. 24. D. *eod.*

(17) L. 11. § 13. L. 35. D. *de act. empti* (19. 1.)

(18) L. 16. § 1. L. 21. § 2. L. 22. pr. D. *de evict.* (21. 2.)

(19) L. 4. pr. D. *de act. empti.* (19. 1.) L. 16. § 1. L. 21. § 3. L. 57. pr. L. 74. § 2. D. *de evict.* (21. 2.) L. 3. L. 12. C. *eod.* (8. 45.). Per conseguenza cessa anche in tutto la responsabilità dell'autore quando il dritto del terzo è prescritto L. 54. pr. D. *eod.* L. 19. C. *eod.*

(20) L. 18. § 1. D. *de peric.* (18. 6.) L. 24. C. *de evict.* (8. 45.)

(21) L. 30. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 26. D. *de evict.* (21. 2.)

(22) L. 9. L. 29. pr. L. 41. § 1. L. 57. pr. § 1. D. *de evict.* (21. 2.)

steva sulla cosa prima dell' acquisto della medesima (23), e quindi che la perdita non sia l' effetto di un avvenimento fortuito (24), o della violenza ed arbitrio altrui (25), o di una propria colpa dell' acquirente (26), al che si rapporta anche il caso che costui sia condisceso ad una transazione o ad un compromesso sulla cosa, di cui è quistione (27); e 3) che non siasi trascurato di denunziare all'autore a tempo opportuno il giudizio di evizione intentato, *litem denuntiare*, affinchè egli possa difendere i suoi interessi, ed esser nello stato di far uso dell' eccezioni, se per avventura gliene competono, o di altri mezzi che possa avere per evitare l' evizione (28), salvochè l' autore non abbia rinunciato a questa denunzia (29), o non l' abbia egli stesso impedita (30), o non siasi trovato assente (31). La circostanza, che il dritto dell' evincente apparisca come certo e senza alcun dubbio, non libera dall' obbligo di denunziare la lite, sebbene non nuoca che alcuno in siffatte circostanze si sia lasciato condannare senza difesa (32); ma quando l' acquirente è subentrato nel dritto di colui, il quale avrebbe avuto il dritto di evincere cessa in tutto il requisito della denunzia della lite (33); di più non è mestieri che questa si faccia anche ai semplici fidejussori che han fatto sicurtà per la prestazione dell' evizione (34), mentre al

(23) L. 1. C. *de periculo* (4. 48.). Non si prende in considerazione che il dritto sia stato per qualche tempo sospeso per una condizione e determinazione di tempo L. 3. § 3. 4. C. *communn. de legatis* (6. 43.), ed un dritto ristabilito mediante restituzione qui viene agguagliato ad un dritto attualmente esistente L. 15, D. *de minor.* (4. 4) L. 39. pr. D. *de evict.* (21. 2.)

(24) L. 21. pr. L. 64. pr. § 2. D. *eod.* L. 26. C. *eod.*

(25) L. 5. L. 11. pr. L. 51. pr. D. *eod.* L. 8. L. 15. C. *eod.* L. 17. C. *de act. empti* (4. 49.); Fragm. Vat. § 10.

(26) L. 25. L. 27. L. 29. § 1. L. 34. pr. L. 55. pr. L. 56. § 3. L. 63. § 2. L. 66. pr. D. *de evict.* (21. 2.) L. 8. L. 19. C. *eod.* Intanto se il compratore, potendosi difendere colla *exceptio rei venditae et traditae*, preferisce di restituire la cosa, ciò non gli si dee imputare a colpa L. 17. L. 18. L. 19. pr. D. *eod.*, e tanto meno se egli non abbia appellato L. 63. § 1. 2. D. *eod.*

(27) L. 56. § 1. D. *eod.*

(28) L. 49. L. 53. § 1. L. 74. § 2. D. *eod.* L. 8. L. 9. L. 17. L. 20. L. 23. C. *eod.* L. 1. C. *ubi in rem. act.* (3. 19.). L' autore può anzi appellare L. 20. C. *de evict.* (8. 45.) Confr. L. 63. § 1. 2. D. *eod.*

(29) L. 63. pr. D. *de evict.* (21. 2.)

(30) L. 55. § 1. L. 56. § 5. D. *eod.*

(31) L. 56. § 6. D. *eod.*

(32) L. 11. § 12. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 53. § 1. D. *de evict.* (21. 2.)

(33) L. 41. § 1. D. *eod.*

(34) L. 7. C. *eod.*

contrario gli eredi hanno qui lo stesso dritto dell' autore (35), anzi allorchè sono più, debbono tutti quanti essere avvertiti della lite (36). Il tempo della denunzia della lite in generale non è determinato; essa però dee seguire in un tempo che l' attore possa efficacemente intervenire (37). Se concorrono tutte le condizioni richieste per poter pretendere la prestazione dell' evizione, e 1) si agisca coll' *actio ex stipulatu* in forza di una *stipulatio duplae*, *triplae* etc., allora, ove non siasi convenuto il contrario s' intende il doppio o triplo del prezzo di compra, e se l' evizione è caduta non sulla cosa intera, ma sopra una sola parte, o se è consistita soltanto in un dritto limitante, se ne dee computare una quota proporzionata, ma senza riguardare se in quel mezzo la cosa siasi accresciuta o diminuita (38). Per contrario 2) se si è promossa l' *actio empti* o *utilis ex empto*, allora può mettersi a conto ogni danno provenuto manifestamente dall' evizione, compresovi il *lucrum cessans*, le spese fatte per la cosa, gl' interessi del prezzo di compra perduti, e le spese del giudizio di restituzione (39). Ma come qui si ha riguardo all' accrescimento o al miglioramento della cosa, così si deve anche dedurre ciò che la cosa prima dell' evizione avea perduto in valore, sia per un caso fortuito, sia per colpa del possessore (40). Inoltre l' interesse non deve eccedere il doppio del prezzo di compra (41), anzi se siasi evinta una cosa data in pegno, e venduta dal giudice, allora può richiedersi il solo rimborso del prezzo di compra con gl' interessi (42). Ma se il convenuto in vece di prestare l' evizione voglia far riavere all' attore la cosa evinta, egli non è obbligato di accettare l' offerta, (43). S' incontrano sulla prestazione di evizione alcuni principi eccezionali.

1.° Nelle donazioni e nei legati, in cui generalmente il donante e l'onerato non rispondono per la cosa, se non quando l'abbian promesso, o

(35) L. 8. L. 9. L. 23. C. *eod.*

(36) L. 62. § 1. D. *eod.* L. 85. § 5. L. 139. D. *de V. O.* (45. 1.)

(37) L. 29. § 2. D. *de evict.* (21. 2.). Non si oppone L. 29. § 3. D. *de legat.* III. (32.) V. Nota 46. Sulle altre opinioni Confr. *Gluck* Sistema delle Pand. vol. XX. § 1124.

(38) L. 2. L. 48. L. 64. pr. § 1-3. L. 74. pr. D. *de evict.* (21. 2.) L. 25. C. *eod.*

(39) L. 43. L. 44. L. 45. pr. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 8. L. 13-16. pr. L. 47. L. 51. § 3. L. 60. D. *de evict.* (21. 2.) L. 9. L. 16. L. 17. L. 23. L. 25. C. *eod.*

(40) L. 64. pr. § 2. L. 70. D. *eod.*

(41) L. 44. D. *de act. empti* (19. 1.) Confr. L. un. C. *de sent. quae pro eo quod interest* (7. 47.) e § 254. Nota 48-55.

(42) L. 74. § 1. D. *de evict.* (21. 2.) Confr. L. 50. D. *eod.* L. 18. C. *eod.*

(43) L. 67. D. *eod.* L. 15. D. *de doli exc.* (44. 4.)

abbiano operato con frode (44); [illegible] allorchè sia [illegible] di una cosa determinata solamente in quanto alla specie, e la cosa data sia stata evinta, può richiederne un'altra (45), presupposto che siasi fatto noto all'autore il giudizio di evizione prima di contestare la lite, la qual condizione qui è assolutamente richiesta (46).

2.° Nella dote, ove il marito non può chiedere la prestazione di evizione, se non quando la costituzione della dote era stata anticipatamente promessa, ovvero la dote è una *dos aestimata* (47); ma la moglie il può sempre, tanto se altri abbia per lei costituita una dote, quanto ancora se una cosa da lei data in dote sia stata evinta (48); ma anche il padre di lei nella *dos profectitia*, allorchè egli ha ricevuto da altri una cosa altrui e l'ha data come dote al suo genero (49).

3.° Nella transazione, ove l'evizione di ciò su di che si è transatto non si prende in considerazione, e non può nascere un dritto alla prestazione dell'evizione se non per quelle tali cose, che si son date come un aggiustamento o compenso (50);

4.° Nelle oppignorazioni, ove il creditore ha la scelta di richiedere o con l'actio *utilis ex empto* il risarcimento del suo interesse (51), o con l'*actio pignoratitia contraria* la costituzione di un pegno migliore, la quale ultima cosa si può richiedere anche prima che l'evizione avvenga (52).

5.° Nell'alienazione di una *universitas*, ove l'obbligo di prestar l'evizione nasce solo dall'evizione di tutta l'*universitas* (53), ma

(44) L. 62. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 18. § 3. D. *de donat.* (39. 5.) L. 2. C. *de evict.* (8. 45.); Paul. S. R. V. 11. §. 5., L. 48. D. de R. V. (6. 1.)

(45) L. 58 D. *de evict.* (21. 2.) L. 45. § 1. 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 29. § 3. D. *de legat.* III. (32.) L. 35. § 5. C. *de donat.* (8. 54.). Di altra opinione è *Thibaut* tratt. civ. n. 4. veggasi per contrario *Vangerow* Pand. vol. III. p. 313. seg.

(46) L. 29. § 3. D. *de legat* III. (32.). Il maggior rigore in questo caso dipende evidentemente da ciò che qui si devia dalla regola, che nelle donazioni e nei legati non si dee prestare l'evizione.

(47) L. 1. C. *de jure dot.* (5. 12.) L. 98. pr. D. *de solut.* (21. 2.) L. 23. D. *de evict.* (21. 2.) L. 16. L. 34. D. *de jure dot.* (23. 3.)

(48) L. 75. D. *eod.* L. 21. § 1. L. 24. D. *de evict.* (21. 2.)

(49) L. 71. D. *de evict.* (21. 2.)

(50) L. 33. C. *de transact.* (2. 3.)

(51) L. 24. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(52) L. 9. pr. L. 16. § 1. L. 32. L. 36. § 1. D. *eod.* L. 6. C. *si aliena res pignori* (8. 16.)

(53) L. 2. L. 13. D. *de her. vel act. vend.* (18. 4.) L. 13. § 8. D. *de her. pet.* (5. 3.)

non già dall'evizione di oggetti particolari, salvo allorchè siasi spezialmente per essi promessa l'evizione, o almeno siasi assicurata una determinata quantità dell'*universitas* (54), la qual cosa non è però da estendere al caso, in cui sieno insieme alienate più cose che non formino una *universitas*, mentre allora deesi prestar l'evizione per la perdita di ciascuna singola cosa (55).

6.° Nella evizione di semplici cose accessorie, per le quali non è ammessa l'azione della *stipulatio duplae*, ma solo *l'actio empti* (56).

7.° Da ultimo nell'alienazione di crediti, ove il cedente è responsabile soltanto per la verità ed efficacia civile del credito, ma non già per la bontà del medesimo (57), salvo allorchè un creditore pignoratizio, il quale ha venduto il pegno, in pagamento dell'eccedente del prezzo pel quale ha venduto, cede all'oppignorante il suo credito contro il compratore (58). È poi al tutto escluso ogni dritto alla prestazione dell'evizione: 1) negli acquisti ottenuti dal Sovrano e dalla Sovrana; imperocchè qui l'evizione è legalmente impossibile (59); 2) nella *emptio spei* (60); 3) allorchè l'acquirente abbandona la cosa (61), ovvero 4) allorchè il dritto dell'evincente gli era già nóto al momento dell'acquisto, e non pattuì espressamente la prestazione dell'evizione (62), il che patisce eccezione solo in questo che il compratore di una cosa legata ad altri e non pertanto venduta dall'erede ricupera almeno il suo denaro (63), e 5) allorchè l'autore senza dolo ha convenuto di non volere essere responsabile (64). Ed in quest' ultimo caso non si dee neppur resti-

(54) L. 14. § 1. D. *de her. vel act. vend.* (18. 4.) L. 38. pr. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 5. L. 36. D. *de evict.* (21. 2.) L. 1. C. *eod.* Direttamente vi si oppone la L. 23. pr. § 1. D. *de usurpat.* (41. 3.).

(55) L. 47. L. 72. D. *de evict.* (21. 2.). Non si oppone L. 42. D. *de act. empti* 19. 1.)

(56) L. 16. pr. § 1. D. *de evict.* (21. 2.)

(57) L. 74. § 3. D. *eod.* L. 4. L. 5. D. *de hered. vend.* (18. 4.) L. 96. § 2. D. *de solut.* (46. 3.)

(58) L. 24. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(59) L. 3. C. *de quadrienn. praescr.* (7. 37.) Confr. § 160. Nota 22-25.

(60) L. 8. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(61) L. 76. D. *de evict.* (21. 2.)

(62) L. 18. L. 27. C. *eod.* L. 69. § 1-5. D. *eod.* L. 57. § 2. 3. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 4. § 5. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 7. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.)

(63) L. 3. § 3. C. *comm. de legat.* (6. 43.)

(64) L. 6. § 9. L. 11. § 15. 16. 18. L. 39. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 68. pr. L. 69. pr. § 1. D. *de evict.* (21. 2.)

tuire il prezzo di compra (65). Ma la liberazione dal dovere di prestar l'evizione dee ben determinatamente esser pattuita, giacchè le espressioni indeterminate, come quelle, che le cose si vendono nel loro stato attuale, o con tutti i pesi ed obbligazioni, non giovano (66).

3) *Aedilitium edictum.*

§ 281. Pei difetti occulti di una cosa alienata, e per le qualità dichiarate e promesse ma non esistenti, secondo le dodici Tavole poteasi aver azione solo allorchè l'assenza di quelli, o la presenza di queste era stata espressamente assicurata per *aes et libram*, e per conseguenza nella mancipazione della cosa, ovvero in un precedente *nexum*, ed in questo caso se la promessa si negava, doveasi prestare eziandio il doppio valore; ma per l'interpetrazione dei Giureconsulti fu ammesso il principio, che il venditore di un fondo debba anche rispondere per tutt'i difetti, che egli conosceva ed ha taciuti (1). A questa semplice teorica del dritto antico si raccomodò un Editto degli Edili Curuli di data incerta. Secondo le sue parole questo Editto si rapportava solamente ai seguenti casi: 1) allorchè gli schiavi venduti aveano vizii occulti, o non possedevano quelle qualità, che il venditore avea positivamente promesse (2); 2) allorchè gli animali da soma venduti aveano dei difetti occulti, ovvero non si consegnavano insiem con essi i finimenti, *ornamenta*, coi quali s'erano venduti (3); e 3) allorchè qualche altro animale venduto avea degli occulti difetti (4); ma questo Editto fu appo i Romani

(65) L. 11. § 18. D. 19. 1. Ulpiano qui rigetta l'opinione opposta di Giuliano. Confr. *Vangerow* Pand. vol. III. p. 322. seg.

(66) L. 17. § 3. 4. D. *de serv. praed. urb.* (8. 2.) L. 8. § 3. D. *commun. praed.* (8. 4.) L. 59. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 1. § 1. L. 39. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 69. § 1-5. L. 75. D. *de evict.* (21. 2.)

(1) Cic. de offic. III. 16. « Ac de jure quidem praediorum sanctum est apud nos jure civili, ut in his vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam, cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret: a jureconsultis etiam reticentiae poena est constituta. Quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. » Da questo passo il Gans nell' Arch. per la prat. civ. vol. III. n. 9 ne deduce delle conseguenze affatto inammessibili. Del resto Confr. il precedente § Nota 5., e più sopra § 258. Nota 59-61.

(2) L. 1. § 1. L. 25. § 9. D. *de aedil. ed.* (21. 1.); Gell. IV. 2.

(3) L. 28. pr. L. 38. pr. § 11. 12. D. *eod.*

(4) L. 38. § 5. D. *eod.*

esteso dalla pratica, a tutte le cose (5), e ad alienazioni anche diverse dalla vendita (6), e le disposizioni dell'Editto sulle qualità promesse del pari non si riferiscono più semplicemente agli schiavi (7). I mezzi legali apprestati dall'Editto sono *l'actio quanti minoris* pel risarcimento del danno, e *l'actio redhibitoria* per far riprendere la cosa e restituire il prezzo. Quest'ultima si prescrive in sei mesi utili, e se la redibizione si domanda soltanto a cagione di non essersi consegnati i finimenti, si prescrive anche in due soli mesi utili; al contrario *l'actio quanti minoris* prescrivesi in un anno utile, e qui il corso della prescrizione per regola comincia dalla conchiusione della vendita, ma se il difetto non si è fatto manifesto che posteriormente, da questo momento comincia il corso della prescrizione (8). Il compratore ha la scelta tra queste due azioni (9), le quali si possono far valere anche per via di eccezione (10), ne' *l'actio redhibitoria*, è ristretta solamente al caso che la cosa sia al tutto inservibile (11); solo, non si vuole intentare per ogni difetto di pochissima importanza (12); ma per contrario il Giudice ha la facoltà di decretare la redibizione anche quando siasi semplicemente intentata *l'actio quanti minoris* (13). Di più queste due azioni non competono al solo compratore, ma anche a' suoi eredi, e si danno contro il venditore e gli eredi di costui, come pure contro il padre, secondo le regole intorno alle azioni dei contratti (14). Se vi ha più venditori, tutti son tenuti solidalmente (15). Ma se vi ha più compratori allora ciascuno può intentare *l'actio quanti minoris* per la sua parte, ma *l'actio redhibitoria* non si può pro-

(5) L. 1. pr. L. 48. § 6. L. 49. L. 63. D. *eod.* L. 4. C. *eod.* (4. 58.)

(6) Rigorosamente però solo nella permuta, in cui ambo le parti valgono come venditori L. 19. § 5. L. 62. L. 63. D. *eod.* Del resto è indifferente se si sia comprata la proprietà o l' usufrutto, o altro dritto reale L. 48. § 6. D. *eod.*

(7) L. 38. § 10. D. *eod.*

(8) L. 19. § 6. L. 28. pr. L. 38. pr. L. 48. § 2. L. 55. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(9) L. 59. § 1. D. *eod.*

(10) L. 18. pr. D. *eod.* L. 25. § 1. D. *de except. rei jud.* (44. 2.)

(11) L. 1. § 8. L. 8. L. 9. L. 10. § 4. L. 12. § 1. 3. L. 14. § 3. 4. L. 19. § 2. L. 31. § 21. L. 23. § 2. 20. L. 37. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) *Feuerbach* Saggi civ. n. 2.

(12) L. 1. § 8. L. 4. § 6. L. 10. § 2. L. 11. L. 48. § 8. D. *eod.* L. 51. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(13) L. 43. § 6. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(14) L. 19. § 5. L. 23. § 4. 5. L. 44. § 1. L. 48. § 5. L. 57. § 1. D. *eod.*

(15) L. 31. § 9. L. 44. § 1. D. *eod.*

muovere che in comune (16). I requisiti più speciali di queste azioni sono i seguenti: 1) i difetti occulti, per dar luogo all'azione, debbono essere già esistenti al tempo della vendita, o almeno trovarsi in germe (17), e non essere apparenti o già noti al compratore (18). Ma è indifferente se il venditore li abbia conosciuti o no (19), come è del pari indifferente di quale specie essi sieno (20). Qui si riferiscono eziandio i dritti che si scuoprono competere ai terzi sulla cosa (21), ma i difetti morali di uno schiavo, solo allorchè con promessa siasi assicurato che egli non ne abbia (22). 2) A cagione delle qualità promesse le azioni edilizie non si possono intentare, se non quando il venditore non si è limitato ad elogiare in generale la cosa, ma ha fatto delle precise assicurazioni, e la mancanza di queste qualità non era manifesta (23). Nel tempo stesso le qualità promesse debbono effettivamente mancare, imperocchè non basta che esse non si trovino nella massima perfezione, salvo che questa perfezione appunto non siasi voluto assicurare (24). 3) Le disposizioni dell'Editto edilizio si applicano non pure ai vizi delle cose principali, ma eziandio ai vizi delle cose accessorie, che debbonsi dare nella vendita, e delle pertinenze che vi vanno annesse (25); ma se di più cose insieme vendute solo alcune sieno viziose, allora è da vedere se alcuno le abbia comperate come cose distinte ed indipendenti, ovvero come formanti un solo tutto p. es. una muta di cavalli; giacchè nell'ultimo caso può richiedersi la redibizione di tutte le cose, e nell'*actio quanti minoris* si dee aver riguardo alla diminuzione di valore che a tutto il complesso di co-

(16) L. 31. § 5-7. 10. D. *eod.*

(17) L. 54. D. *eod.* L. 3. C. *eod*

(18) L. 1. § 6. L. 3. L. 4. pr. L. 14. § 10. L. 48. § 1. 3. 4. L. 51. pr. § 1. D. *eod.* L. 15. § 1. L. 43. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) *Gesterding* nell'Arch. per la prat. civ. vol. IV. n. 5.

(19) L. 45. D. *eod.* L. 1. § 2. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(20) L. 1. § 7. 8. L. 3. L. 4. pr. § 5. 6. L. 5-14. L. 33. § 9. L. 43. pr. D. *eod.*

(21) L. 11. § 8. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 17. § 17. L. 61. D. *de aedil. ed.* (21. 1.). Questo è sommamente importante, giacchè la prestazione dell'evizione non si può richiedere che dopo avvenuta la evizione, e spesso, a cagione di un dritto limitante, può esser desiderabile di redibire.

(22) L. 1. § 9-11. L. 2. L. 4. § 2-4. L. 17. L. 19. § 1. L. 31. § 1. L. 65. pr. D. *eod.* L. 3. L. 5. C. *eod.* L. 30. L. 31. L. 32. D. *de evict.* (21. 2.); Gell. IV. 2.

(23) L. 19. pr. § 2. 3. L. 37. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 43. pr. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 37. D. *de dolo* (4. 3.)

(24) L. 18. L. 19. § 4. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 75. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.)

(25) L. 31. § 25. L. 32. L. 33. pr. L. 44. pr. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

se il vizio di una sola di esse ha cagionata (26). 4) L'introduzione dell'*actio quanti minoris* a cagione di un vizio non impedisce per certo d'intentare nuovamente le azioni edilizie per altri difetti posteriormente scoperti (27), nè il deperimento della cosa esclude queste azioni (28). Per contrario esse cessano: A. allorchè la cosa è stata evinta, nel qual caso non si può richiedere se non la prestazione dell'evizione (29); B. allorchè solo alcune cose particolari di una *universitas* comprata si trovano viziose (30); C. allorchè alcuno ha comperato dal Fisco, che in questo è specialmente esentato (31). D. allorchè il venditore espressamente e senza dolo ha pattuito di non voler essere responsabile (32). Siccome *l'actio quanti minoris* è una semplice azione di risarcimento di danno, così il convenuto non dee qui compensare se non quel tanto che la cosa a cagione del vizio vale di meno di ciò che s'è pagato (33). Ma nell'*actio redhibitoria* il venditore dee 1) restituire il prezzo ricevuto con gl'interessi (34); 2) compensare al compratore le spese cagionate dalla compra, come pure le spese necessarie ed utili fatte sulla cosa (35); 3) liberarlo da tutte le obbligazioni che senza dolo avesse assunte per rispetto alla cosa (36), e 4) ristorare tutt'i danni che il compratore per quei vizii ha patiti, dalle quali cose egli non può liberarsi neppur con l'abbandono della cosa, salvo allorchè non abbia conosciuto i difetti, e purchè non abbia espressamente promesso che la cosa non avesse quei difetti (37). Se dopo la restituzione della cosa il prezzo e le spese non sono incontanente rimborsate, il venditore sarà tenuto per pena a pagare il doppio (38). Ma anche il com-

(26) L. 33. § 1. L. 34. § 1. L. 35. L. 36. L. 38. § 12-14. L. 39. L. 40. pr. L. 59. § 1. L. 64. pr. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(27) L. 31. § 16. L. 48. § 7. D. *eod.* L. 32. § 1. D. *de evict.* (21. 2.) L. 25. § 1. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.)

(28) L. 31. § 11. L. 47. § 1. L. 48. pr. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(29) L. 44. § 2. D. *eod.* L. 16. § 2. D. *de evict.* (21. 2.)

(30) L. 14. § 1. L. 15. D. *de hered. vel. act. vend.* (18. 4.) L. 33. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(31) L. 1. § 3. D. *eod.*

(32) L. 39. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 14. § 9. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(33) L. 31. § 5. 16. L. 36. L. 61. L. 64. pr. D. *eod.* L. 16. § 2. L. 32. § 1. D. *de evict.* (21. 2.)

(34) L. 23. § 7. L. 27. L. 29. § 2. L. 45. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(35) L. 27. L. 29. § 2. 3. L. 30. D. *eod.*

(36) L. 29. § 1. D. *eod.*

(37) L. 45. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 13. pr. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 23. § 8. L. 31. pr. L. 58. pr. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 1. C. *eod.* (4. 58.)

(38) L. 45. D. *eod.*

pratore è da sua parte tenuto 1) a restituire la cosa colle sue pertinenze ed accessioni (39); 2) a rimborsare i frutti e i prodotti raccolti e da raccogliere (40); 3) a restituire anche gli utili accidentali che per la cosa abbia ottenuti (41); 4) a liberare la cosa dai pesi che per avventura vi abbia imposti (42); 5) a prestare una indennità per la perdita o pel deterioramento della cosa, e ciò senza alcuna condizione dopo la contestazione della lite, ma pel tempo anteriore solo in quanto sia in colpa (43), e infino a che queste obbligazioni non sieno adempiute, o non sia prestata valida cauzione, il convenuto può ritenere le sue prestazioni (44). I medesimi principii valgono eziandio allorchè il venditore volontariamente ha accettata la redibizione, quando non ve ne era una legittima ragione, ed allora non si ha riguardo al tempo della prescrizione (45); inoltre allorchè si domanda la redibizione per la sola ragione di non essersi consegnati i finimenti di un animale da soma o da tiro, se non che qui l'azione si dee intentare fra due mesi (46), o allorchè il compratore per un *pactum displicentiae* si è riserbata la facoltà di recedere dal contratto, nel qual caso parimente in mancanza di altra determinazione di tempo, la redibizione non si può richiedere che tra due mesi (47); come pure finalmente allorchè il venditore ricusa di contrarre una *duplae stipulatio*, il che dà dritto al compratore di agire fra due mesi per la redibizione, o fra sei mesi coll' *actio quanti minoris* pel ristoro del suo interesse (48). Ma se si è conchiusa una *duplae stipulatio*, e si è su questo fondamento intentata l'azione allora il venditore deve restituire il doppio prezzo, senza poter richiedere per questo la restituzione della cosa (49).

VI. Lex Rhodia de Jactu.

§ 282. Sebbene sia regola che i danni cagionati solamente da neces-

(39) L. 19. L. 21. pr. L. 23. § 1. 2. L. 31. § 2-4. 10. 25. L. 32. D. *eod.*
(40) L. 1. § 1. L. 23. § 9. D. *eod.*
(41) L. 23. § 9. L. 24. L. 43. § 5. D. *eod.*
(42) L. 21. § 1. L. 43. § 8. D. *eod.*
(43) L. 23 pr. L. 25. L. 31. § 11-15. L. 46. L. 47. L. 48. pr. D. *eod.*
(44) L. 21. § 1. 2. L. 22. L. 25. § 9. 10. L. 26. L. 29. pr. § 3. D. *eod.*
(45) L. 31. § 17. 18. 24. D. *eod.*
(46) L. 38. pr. L. 31. § 24. D. *eod.*
(47) L. 31. § 22-24. D. *eod.* L. 4. C. *eod.*
(48) L. 28. L. 31. § 20. 24. D. *eod.*
(49) L. 47. pr. L. 58. § 1. 2. D. *eod.*

sità pel fine di salvarsi non debbono esser risarciti (1), nondimeno i Romani dalle leggi marittime dei Rodiesi (2) presero il principio che le cose, le quali in una fortuna di mare volontariamente son sacrificate per salvare il bastimento ed il carico, debbono esser proporzionatamente rimborsate da tutti coloro, per utilità de' quali ciò è avvenuto (3). Per verità è ignoto quando siasi ammesso questo principio indicato come *lex Rhodia de jactu*, ma il principio trovasi essere stato per consuetudine già in voga appo i Romani al tempo della Repubblica (4), sebbene forse un riconoscimento formale del medesimo per via di legge non sia avvenuto che sotto gli Imperadori (5). Il caso principale è il proprio getto in mare, *jactus*, allorchè le cose son gittate per alleggerire un bastimento arrenato a fine di rimetterlo così nuovamente a galla; nondimeno la *lex Rhodia* non è limitata a questo solo caso (6). Le condizioni della sua applicazione sono: 1) un' imminente e grave pericolo

(1) L. 29. § 3. L. 49. § 1. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 14. pr. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 3. § 7. D. *de incend.* (47. 9.)

(2) Isidori Orig. V. 17. La raccolta delle leggi marittime de' Rodiesi, che *Sim. Schard* leges Rhodiorum navales Basileae 1561. 8., e *Jo. Leunclavius* jus Graeco-Rom. T. II. p. 265. seg. han pubblicata non è che una compilazione incerta di un Bizantino, forse di Dorimo.

(3) L. 1. D. *de lege Rhodia de jactu* (14. 2.); Paul. S. R. II. 7. § 1.

(4) Imperocchè secondo la L. 2. pr. § 3. L. 10. D. *eod.* di già Servio Sulpizio, Ofilio, e Labeone aveano scritto sulla *lex Rhodia*, e Cic. de invent. II. 31. fa già menzione di un caso in cui un questore avea applicata la legge Rodiese. Nondimeno qui forse si potè intendere di un qualche questore Rodiese, imperocchè al tempo di Cicerone i Rodiesi erano senza dubbio una *civitas libera*. *Strabo* Geograph. XIV. 8. in fine. L'osservazione presso Tacito ann. XII. 58. e Sueton. in Claud c. 25., che essi più volte avesser perduto la loro libertà, si può ben riferire al tempo imperiale, e tutto al più al tempo del Triumvirato.

(5) La prima sicura ricognizione è il Rescritto Greco dell' Imperadore Marco Aurelio Antonino, che il Giureconsulto Volusio Meciano ci ha conservato nella L. 9. D. *eod.*, in cui il Θειότατος Αὔγουστος dev' esser senza dubbio non già Ottaviano ma Antonino Pio. Veggasi in generale *Corn. van Bynkershoek* ad legem Ἀξίωσις 9. D. *de lege Rhod. de jactu* (Opusc. p. 89. seg.), e *Jac. Gothofredus* de imper. maris et de jure naufragii colligendi legeque Rhodia (Opera min. ed. Trotz p. 66. seg.). La prefazione alla menzionata raccolta delle leggi Rodiesi, che si trova eziandio presso *Jac. Gothofredus* l. c. cap. 8. e *Gluk* Sistem. delle Pand. vol. XIV. § 883., e secondo la quale anche Tiberio (Claudio), Vespasiano, Trajano, Adriano, Antonino, Pertinace e Settimio Severo aveano confermata la *lex Rhodia de jactu* è altrettanto incerta quanto la raccolta medesima, *Bynkershoek* l. c. cap. 8. Del resto secondo la L. 9. D. cit. si dovrebbe propriamente ammettere che fosse riconosciuta dai Romani non già la sola *lex Rhodia de jactu*, ma tutto quanto il dritto marittimo dei Rodiesi, e forse si può anche riguardar come di origine Rodiese la L. 10. D. *eod.*

(6) L. 2. § 3. L. 3. L. 5. § 1. D. *eod.*

non cagionato dalla colpa di colui stesso che soffre il danno (7); 2) un sacrifizio delle cose volontario ed ordinato dal Capitano (8), e 3) la salvazione e lo scampo del bastimento per tal mezzo avvenuto dal pericolo in cui le cose furono sacrificate (9). La *lex Rhodia* non riguarda i danni, che non son provenuti da un volontario sacrifizio per parte del Capitano (10), per contrario si ritiene anche come un sacrifizio di tal fatta quando le cose per la salvazione del bastimento sonosi messe in un posto più svantaggioso, e perciò son perite o danneggiate (11); e la circostanza che, quando il pericolo proviene da alcun altro, si possa contro costui agire anche coll'*actio legis Aquiliae*, non esclude il dritto di chiedere il risarcimento del danno in forza della *lex Rhodia* (12). A fine di stimare e ripartire il danno, le cose sacrificate sono da valutarsi secondo il loro prezzo di compra, e le cose salvate, secondo il valore che avranno all'arrivo nel porto (13), e da quello si dee dedurre ciò che il proprietario più tardi ha ricuperato (14), da questo ciò che prima di arrivare al porto per nuovi sinistri si è perduto (15). Per le persone, vesti, e viveri non si dee nulla contribuire (16). Dopo che in questo modo si è valutata la quantità del danno e l'ammontare delle cose, dalle quali si dee contribuire, il danno si ripartisce non solo sopra il bastimento e le mercanzie salvate, ma anche sopra le stesse cose sacrificate, secondo la proporzione del loro valore (17). Per tanto l'obbligo di risarcire il danno è da riguardarsi non come un peso soltanto inerente alle cose, ma come un debito personale dei proprietarii (18). Che se alcuno non possa pagare la sua porzione, gli altri devono pagare tanto di più (19). Per far valere questo dritto al risarcimento del danno, nel caso di un contratto di locazione col Capitano, si può adoperare *l'actio locati conducti*, altrimenti *l'actio praescriptis verbis* (20), dal che ma-

(7) L. 2. § 1. 3. D. *eod.* L. 203. D. *de R. J.* (50. 17.)
(8) L. 2. § 3. L. 5. pr. D. *de lege Rhod. de jactu* (14. 2.) L. 14. pr. D. *praescr. verb.* (19. 5.)
(9) L. 4. pr. D. *de lege Rhod. de jactu* (14. 2.)
(10) L. 2. § 3. 5. L. 4. § 1. L. 5. pr. L. 6. D. *eod.*
(11) L. 4. pr. § 2. D. *eod.*; Paul. S. R. II. 7. § 4.
(12) L. 27. § 23. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 30. § 2. D. *locati* (19. 2.)
(13) L. 2. § 4. L. 4. § 2. D. *de lege Rhod. de jactu* (14. 2.)
(14) L. 2. § 7. 8. L. 7. L. 8. D. *eod.*
(15) L. 4. pr. § 1. D. *eod.*; *Paul.* S. R. II. 7. § 2.
(16) L. 2. § 2. D. *eod.*
(17) L. 2. § 2. L. 4. § 2. D. *eod.*
(18) L. 1. L. 2. pr. § 2. D. *eod.*
(19) L. 2. § 7. D. *eod.*
(20) L. 2. pr. § 2. 7. D. *eod.* L. 1. § 1. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

nifestamente segue che il credito vien riguardato come un'obbligazione nascente da contratto (21). Ma l'*obligatio ex contractu* che qui ha luogo viene nondimeno ammessa soltanto tra il Capitano e le parti, e però colui che soffre il danno si può rivolgere solo contro il Capitano, e solo costui può alla sua volta rivolgersi contro ciascuno che sia tenuto a contribuire (22), il che in senso opposto vale del pari per rapporto alla restituzione del valore, allorchè le cose gittate si son ricuperate dal proprietario (23). La *lex Rhodia de jactu*, come un dritto singolare, non comporta un'applicazione di analogia a pericoli diversi da quelli, che un bastimento incontra in mare, e segnatamente non si applica al caso che sieno demoliti degli edifizii per arrestare un incendio (24).

VII. Promessa unilaterale.

§ 283. Le dichiarazioni e promesse unilaterali di voler prestare qualche cosa, *pollicitationes* (1) per regola veramente non obbligano (2), intanto sonovi delle eccezioni, in cui esse non altramente che un contratto obbligano il promettente e suoi eredi, cosicchè ne nasce un'azione (3) anche per gli interessi moratorii, allorchè si ritarda di adempirle (4).

1.° Una eccezione, che pare fondarsi sopra Imperiali Rescritti (5), riguarda le promesse fatte a benefizio di un comune, *respublica*. Se queste sonosi fatte sul luogo in presenza di persone, che possono testificar-

(21) Evidentemente anche la *lex Rhodia de jactu* nelle Pandette non vien trattata immediatamente dopo la *exercitoria actio*, se non perchè l'azione che ne risulta egualmente che le azioni dei contratti può essere intentata come *exercitoria actio* contro il Capitano del bastimento.

(22) L. 2. pr. D. *de lege Rhod. de jactu* (14. 2.)

(23) L. 2. § 7. D. *eod.*

(24) L. 49. § 1. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 3. § 7. D. *de incend.* (47. 9.)

(1) L. 3. pr. D. *de pollicitat.* (50. 12.). Per verità talvolta si adopera *pollicitatio* generalmente per una promessa L. 19. § 2. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 5. C. *de contr. et committ. stip.* (8. 38.)

(2) Paul. S. R. V. 12. § 9. « Ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur: ideoque ejus bona, qui se heredem Imperatorem facturum esse jactaverat, a fisco occupari non possunt. » L. 26. D. *de donat.* (39. 5.) L. 55. D. *de O. et A.* (44. 7.); Fragm. Vat. § 263.

(3) L. 8. D. *de pollicitat.* (50. 12.)

(4) L. 1. pr. D. *eod.*

(5) L. 1. pr. § 1. 5. L. 6. § 1. 2. L. 7. L. 8. L. 13. D. *eod.*

le, e non semplicemente per lettere (6), poco importando del resto se siano fatte da uomini o da donne (7), allora in due casi debbono esser mantenute: 1) allorchè il promettente promette la prestazione per importanti ragioni allegate, *ex causa*, segnatamente per riconoscenza di onori o vantaggi compartitigli (8), 2) o allorchè ha egli di già cominciato ad adempire la promessa (9). Nell' ultimo caso nondimeno a cagione di sopravvenuta indigenza il promettente può liberarsi dall' adempimento cedendo un quinto del suo patrimonio (10), ed i suoi eredi il possono sempre cedendo al comune, se son discendenti del promettente, un decimo dell' eredità, e se sono altri eredi, un quinto (11). Per contrario nella promessa per cagioni determinate il promettente ed i suoi eredi sono assolutamente tenuti (12), eccetto allorchè la pollicitazione siasi fatta soltanto a cagione di onori o altri favori promessi, ed il pollicitante sia morto pria di averli ottenuti, nel qual caso gli eredi sono al tutto liberi (13). Se la promessa non ha per oggetto un semplice dare, ma l' intrapresa di un' opera, devesi al promettente stesso, quando egli il voglia, affidarne l' esecuzione, ma allora egli ne porta il pericolo infino alla consegna (14); il Comune poi dee osservare le condizioni ed il modo aggiunto alla promessa, in quanto non gli siano dannosi (15).

2.ª Una seconda eccezione s' incontra allorchè alcuno promette di render sacra una cosa, o di spendere qualche cosa per un fine religioso, nel qual caso la promessa appellasi *votum*. Il promettente qui dev' esser pubere e *sui juris*, e come da sè s' intende, il voto deve anche tornare a vantaggio di uno Stabilimento o Corporazione religiosa, la quale possa figurare da creditore. Ma sotto queste presupposizioni il promettente ed i suoi eredi sono anche assolutamente obbligati; soltanto, gli oggetti promessi non cessano di esser loro proprietà, fino a che non li abbiano consegnati (16). Che anzi l' adempimento dei vo-

(6) L. 3. D. *eod.* Confr. Fragm. Vat. l. c.
(7) L. 6. § 2. D. *eod.*
(8) L. 19. pr. D. *de donat.* (39. 5.) L. 1. § 1. L. 3. pr. L. 4. L. 6. pr. § 2. L. 7. L. 9. L. 14. D. *de pollicitat.* (50. 12.)
(9) L. 1. § 2-6. L. 3. pr. § 1. L. 6. § 1. L. 9. D. *eod.*
(10) L. 9. D. *eod.*
(11) L. 9. L. 14. L. 15. D. *eod.*
(12) L. 9. L. 14. D. *eod.*
(13) L. 11. D. *eod.*
(14) L. 1. § 6. L. 13. pr. D. *eod.*
(15) L. 10. L. 13. § 1. D. *eod.* L. 7. § 1. D. *de oper. publ.* (50. 10.)
(16) L. 2. D. *de pollicitat.* (50. 12.). Non si oppone per rispetto al passaggio della

ti, la cui forza obbligatoria appo i Romani era fondata sopra un' antica consuetudine (17), è per più rapporti specialmente privilegiato (18), ma si richiede che sotto ciò non si celi qualche scopo illecito (19).

3.° Alcuni singolari principii riguardano soltanto quei voti, che i Romani in sul cominciare dell' anno solevano fare per la salute dell' imperadore (20).

CAPITOLO III.

OBBLIGAZIONI NASCENTI DALLE VIOLAZIONI DI DRITTO.

I. obbligazioni che nascono da delitti:

1) Ingiurie (*)

§. 284. Le azioni, che alcuno fa con la dolosa intenzione di recar danno e di far male ad una persona, sono in preferenza addimandate violazioni di dritto, ingiurie, *injuriae* (1), e quella spezie di dolo appellasi *animus injuriandi*. Senza *l' animus injuriandi* non vi è alcu-

proprietà la Nov. 5. c. 5. e l' Auth. *Ingressi* C. *de sacros. eccles.* (1. 2.), le quali parlano di promesse di tutt' altra specie.

(17) Una delle più frequenti promesse dei tempi antichi era quando alcuno andando alla guerra prometteva a Giove, il quale per questa ragione fu detto anche praedator, un 1/10 del bottino. È oscura la *legatio votiva*, che Cicerone avea promessa, ed in fine non voleva avere. Cic. ad Attic. II. 18. IV. 2. XV. 8. 11.

(18) L. 15. D. *de off. praesidis* (1. 18.)

(19) L. 2. D. *de extraord. crim.* (47. 11.)

(20) Plutarch. in Cicerone c. 2.; L. 233. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.) L. un. C. *de oblatione votorum* (12. 49.); L. un. C. Th. *eod.* (7. 24.) *Jac. Gothofredus* ad h. l. Confr. *Sueton.* in Octav. c. 57., in Tiber c. 34., in Caligula c. 48.; Plin. Epist. X. 44.

(*) *Weber* sulle ingiurie e sugli scritti ingiuriosi 2. vol. Schwerin e Wismar 1798-1800. 8.; *Walther* nel nuovo Arch. del dritto criminale vol. IV. n. 4. e 12.

(1) In un senso ampio generalmente ogni torto appellasi *injuria* pr. *J. de injur.* (4. 4.) L. 1. pr. D. *eod.* (47. 10.) L. 5. § 1. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.); Collat. II. 5., ed il *Walther* l. c. determina troppo ampiamente il concetto della propria ingiuria, quando egli intende per essa ogni azione dolosa, la quale non ricade sotto l' azione di un determinato delitto che abbia un suo proprio nome, dal che si vede che l' *actio injuriarum* e l' *actio de dolo* avrebbero le medesime sfere. Veggansi i miei delineamenti fondamentali del sistema di dritto dei Romani § 12.

na ingiuria (2), sebbene talvolta una siffatta intenzione venga presunta per legge dove propriamente vi fu (3) o almeno vi potè essere un altro scopo (4). Per contrario il concetto dell' ingiuria non è certamente limitato a determinate azioni; ma piuttosto le ingiurie possono commettersi in diversissime guise. Le specie principali sono:

1.° Le ingiurie reali o offese corporali, *injuriae, quae corpori inferuntur*, mediante offesa di fatto e maltrattamento della persona (5), o mediante uso di mezzi che apportano nocumento alla salute (6);

2.° Ingiurie ideali o violazioni dell' onore, *injuriae ad dignitatem s. ad infamiam pertinentes* (7), 1) mediante un trattamento oltraggioso, sia che l'animo di oltraggiare venga direttamente manifestato, sia che si contenga in parole oltraggiose, *convicia et contumeliae*, ovvero in fatti di scherno (8); 2) mediante calunnie, cioè mediante divulgazione di false notizie che fan comparire alcuno malvagio o ridicolo (9); 3) mediante non fondate asserzioni ed imputazioni che offendono l'onore (10), e 4) mediante altri fatti che pregiudicano il buon nome ed il credito di una persona (11).

3.° Inoltre appartiene anche qui ogni azione commessa colla intenzione determinata di offendere e far danno, per la quale quegli contro cui è diretta ne resti in alcuna guisa offeso e danneggiato, come la ingiusta restrizione della libertà di una persona (12), l' impedimento

(2) L. 5. § 3. L. 41. pr. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 13. § 4. D. *locati* (19. 2.) L. 1. § 8. D. *de inspic. ventre* (25. 4.) L. 26. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 55. pr. D. *de furtis* (47. 2.) L. 3. § 1-4. L. 4. L. 13. § 1-6. L. 15. § 13. 25-32. 38. L. 18. pr. L. 19. L. 20. L. 32. L. 33. L. 44. D. *de injur.* (47. 10.) L. 5. C. *eod.* (9. 35.)

(3) L. 21. § 7. D. *de furt.* (47. 2.); Paul. II. 31. § 35. V. 4. § 14.

(4) L. 15. § 15-23. D. *de injur.* (47. 10.)

(5) Caj. III. 120.; Collat. II. 5. § 4.; Paul. V. 4. § 13-21.; L. 1. § 2. L. 5. pr. § 1. L. 7. § 8. L. 8. L. 9. pr. L. 15. § 1. 27. L. 23. L. 42. L. 27. D. *eod.*

(6) L. 15. pr. D. *eod.*

(7) L. 1. § 2. D. *eod.*

(8) Caj. l. c.; Collat. l. c.; § 1. J. *eod.* L. 5. § 2-5. 9-11. L. 6. L. 15. § 2-22. 25-33. D. *eod.* L. 1. § 1. D. *de extraord. crim.* (47. 11.)

(9) L. 5. § 9. L. 15. § 27. 29. L. 18. pr. D. *de injur.* (47. 10.) L. 5. C. *eod.* L. un. C. *de famos. lib.* (9. 36.); Collat. II. 6. § 5.

(10) L. 11. § 9. L. 12. L. 22. D. *de injur.* (47. 10.) L. 26. D. *de liber. causa* (40. 12.) L. 31. C. *eod.* (7. 16.) L. 5. C. *de ingen. manum.* (7. 14.) L. 3. L. 9. L. 10. C. *de injur.* (9. 35.)

(11) Cic. pro Caecina c. 13.; Caj. l. c.; L. 19. L. 20. L. 15. § 30. 32. 33. D. *de injur.* (47. 10.) L. 1. § 8. D. *de inspic. ventre* (25. 4.)

(12) L. 2. § 9. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.) L. 13. § 7. D. *de injur.* (47. 10.)

dall' esercizio dei proprii diritti (13), la sottrazione, o distruzione, ed il danneggiamento delle cose (14), e somiglianti attentati alla sfera di diritto di un altro (15). Dall' ingiuria risulta per l' offeso l' *actio injuriarum*, azione penale (16), che nel tempo stesso è infamante (17). Secondo le dodici Tavole questa in generale portava una pena di venticinque assi (18). Nondimeno ci avea dei casi più severamente puniti. Ignorasi se tra questi si conteneva anche l' aggressione di fatto contro i genitori, per la quale una *lex regia* di Servio Tullio avea stabilito la pena di morte (19); ma vengono indicate come eccezioni: 1) per un membro offeso, *membrum ruptum* la pena del taglione (20), 2) per un osso rotto *os fractum*, nell' uomo libero trecento assi e nello schiavo centocinquant'assi (21); e 3) pei libelli infamatori e per le satire *libelli famosi et carmina famosa* la pena delle bastonate, *ictus fustium* (22), insieme con l' intestabilità (23). Intanto la pena proposta come regola nelle dodici Tavole a cagione della varietà delle ingiurie era in sè stessa non opportuna, e dovè divenire al tutto insufficiente, allorchè l' asse in processo di tempo fu ridotto ad una piccola moneta di rame, dal che avvenne che un certo Ferazio si burlava della legge dando pubblicamente delle guanciate che subito pagava (24). Per tal ragione l'Editto del Pretore vi sostituì una pena arbitraria da valutarsi in cia-

(13) L. 25. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 13. § 7. L. 24. D. *de injur.* (47. 10.)
(14) L. 55. pr. D. *de furtis* (47. 2.) L. 15. § 31. D. *de injur.* (47. 10.)
(15) L. 1. § 38. D. *depos.* (16. 3.) L. 13. § 4. 5. D. *de injur.* (47. 10.) L. 44. D. *eod.* L. 41. pr. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.)
(16) § 7. J. *de injur.* (4. 4.)
(17) L. 1. L. 4. § 5. D. *de his qui not.* (3. 2.) L. 7. pr. L. 42. D. *de injur,* (37. 10.); Paul. V. 4. § 9.
(18) § 7. J. *eod.*; Caj. III. 223.; Gell. XX. 1.; Collat. II. 5. § 5.
(19) Festus p. *Plorare.*
(20) § 7. J. cit.; Festo p. *Talionis*; Gell. XVI. 10.; Collat. II. 4.
(21) Caj. l. c.; Collat. l. c.; Paul. V. 4. § 6. Nella Collat. per certo qui inesattamente son nominati sesterzii.
(22) *Cornutus* ad Persii Satyr. I. v. 137. ; Horat. Epist. II. 1. v. 152. Confr. con Paul. l. c.; Horati Satyr. II. 1. v. 80-87.; *Porphyrio* ad h. l.; *Acron.* ad h. l.; Cic. tusc. quaest. IV. 2. de republ. IV. 10. (August. de civ. Dei II. 9.). Quando Cicerone nell' ultimo passo chiama *poena capitis* la pena delle dodici Tavole, il che è d' accordo con la L. un. C. *de lib. famos.* (9. 36.), questo si spiega da ciò che la pena delle batiture era infamante, ed ogni pena infamante dicevasi in senso amplo *poena capitalis* L. 103. D. *de V. S.* (50. 16.)
(23) L. 5. § 9. D. *de injur.* (47. 10.)
(24) Gellio XX. 1.

scun caso secondo le circostanze (25). Per questo non furono certo abolite le prescrizioni delle dodici Tavole, ma vennero nondimeno a cadere in disuso (26), ad eccezione della punizione criminale del libello famoso, la quale non pure fu conservata (27), ma ebbe eziandio una più ampia applicazione. Imperocchè un Senatoconsulto del tempo Imperiale la estese alle caricature e somiglianti cose non scritte sparse nel pubblico per ischerno di alcuno, e di più permise che la pena si elevasse fino alla deportazione (28), e Valentiniano II. aggiunse che chi avesse soltanto trovato somiglianti cose, e le avesse maggiormente diffuse e divulgate, fosse da punire come l'autore medesimo (29). Ma gli scritti oltraggiosi e le caricature non rimasero le sole ingiurie criminalmente punite. Per la *lex Cornelia de injuriis di Silla* forse un capitolo della *lex Cornelia de sicariis* (30), allorchè l'ingiuria erasi commessa col percuotere e battere alcuno *verberare et pulsare*, o coll'entrare violentemente nell'abitazione di alcuno, fu all'offeso conceduto il dritto di richiedere una pena criminale invece della pena pecuniaria (31), ed in questo caso egli avea a promuovere una formale accusa (32), sebbene

(25) Caj. III. 224.; § 7. J. *eod.*; Paul. V. 4. § 7.; L. 15. § 26. L. 30. § 1. L. 31. D. *eod.*

(26) § 7. J. *eod.*; Gell. XVI. 10.; L. 7. § 6. D. *eod.*

(27) L. 5. § 9. D. *eod.* Sebbene i libelli famosi grecamente si appellavano [illegible], Dio. Cassii excerpta vatic. (ed. Sturtz) n. CI., pure l'anonimità non apparteneva all'essenza dei medesimi, come il dimostra la L. 5. § 9. D. cit.

(28) L. 5. § 10. 11. L. 6. L. 38. D. *eod.*; Paul. V. 4. § 15-17.

(29) L. un. C. *de famos. lib.* (9. 36.)

(30) Veramente questo non è certo, *Schilling* Osserv. sulla Storia Romana p. 287 seg., ma alle ragioni che per quest'oggetto adduce l'*Hugo* II. Storia del dritto p. 71., si può anche aggiungere che nella Collat. II. 7. nella teorica delle ingiurie si fa uso delle osservazioni di Paolo sulla *lex Cornelia de Sicariis*.

(31) § 8. J. *de injur.* (4. 4.) L. 5. L. 7. § 1. L. 37. § 1. D. *eod.* L. 12. § 4. D. *de accus.* (48. 2.) L. 22. § 2. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48, 5.) L. 42. § 1. D. *de procur.* (3. 3.); Paul. V. 4. § 8.; *Theoph.* IV. 4. § 8.; *Schol. Basil.* T. VII. p. 480. Schol. n. (ed. Fabrot.)

(32) Di altra opinione è *Schilling* l. c., ed anche io tengo per falsa la notizia che si trova nella L. 2. § 32. D. *de O. J.* (1. 2.) presso *Haloander*, che Silla avesse istituito anche una *quaestio perpetua de injuriis*; ma a me pare che la L. 12. § 4. D. *de accus.* (48. 2.) sia decisiva, ed a questo si aggiunge eziandio la circostanza che secondo i testi citati nella Nota 39. l'applicazione delle pene criminali per le ingiurie dovea senza dubbio seguire ad un accusa formale. Soltanto non si può conchiudere, che perchè Silla non avesse istituita una *quaestio perpetua de injuriis*, non avesse neppure disposto una *accusatio*. Qui avea luogo una più semplice procedura criminale innanzi i Magistrati, che i Romani chiamavano *extra ordinem animadvertere*, e che più spesso divenne la regola generale Paul. V. 4. § 8.

i Giureconsulti Romani qui sogliano parlare non di una *accusatio*, ma sibbene di una *actio legis Corneliae* (33). È ignoto ciò che contenesse la *lex Clodia de injuriis publicis* poco di poi pubblicata dal famoso Tribuno Clodio (34). Per contrario noi sappiamo che la *lex Julia de adulteris* comprese nelle sue disposizioni le ingiurie procedenti da una condotta impudica, pel qual modo anche queste furono assoggettate ad una punizione criminale (35). Sotto gl'Imperadori troviamo inoltre il principio che anche le ingiurie dei figliuoli contro i loro genitori si debbano punire criminalmente (36), il che potè essere una reminiscenza della legge di Servio Tullio. Di poi fu anche ammesso che chi a cagione dell'infamia, e della povertà non ha a temere l'accusa d'ingiurie, almeno nelle ingiurie gravi debba essere in altro modo punito (37), e che in generale le ingiurie, le quali abbiano cagionato un pubblico scandalo, o siensi dirette contro il pubblico, si debbano punire criminalmente (38). Da ultimo divenne regola generale, sebbene non prima del quarto secolo, che ogni offeso abbia la scelta, se voglia richiedere la soddisfazione in denaro, o provocare per via di accusa una pena criminale (39). Secondo ciò è da distinguere quale delle due vie si è presa.

1.° A promuovere l'azione civile non è sempre autorizzato il solo offeso, imperocchè per effetto di certi rapporti giuridici taluno può riferire a sè le ingiurie inferite ad altri, in quanto l'offensore evidentemente conosceva quel rapporto che tra essi esisteva (40); così il marito può riferire a se le ingiurie fatte alla moglie (41), il fidanzato quelle fatte alla fidanzata (42), il padre quelle fatte a'suoi figliuoli (43), il suocero quelle fatte alla sua nuora (44), il padrone quelle fatte a'suoi

(33) V. i testi citati nella Nota 31. Anche *actio* non di rado trovasi invece di *accusatio*, p. es. nella L. un. C. *quando civil. actio* (9. 31.)

(34) Cic. pro domo c. 30.

(35) Paul. V. 4. § 4. 5. 14.; L. 9. § 4. L. 10. D. *de injur.* (47. 10.) L. 1. pr. § 2. D. *extraord. crim.* (47. 11.)

(36) L. 1. D. *de obseq.* (37. 15.) L. 4. C. *de patr. pot.* (8. 47.)

(37) L. 35. D. *de injur.* (47. 10.)

(38) L. 1. § 1. D. *de extraord. crim.* (47. 11.)

(39) L. 45. D. *de injur.* (47. 10.) di Ermogeniano § 10. J. *eod.*

(40) L. 1. § 3. L. 18. § 4. 5. D. *eod.*; Paul. V. 4. § 3.

(41) § 2. J. *eod.*; L. 1. § 3. L. 2. L. 11. § 7. L. 17. § 10-14. 22. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(42) L. 15. § 24. D. *eod.*

(43) § 2. J. *eod.* L. 1. § 3. 5. 8. L. 26. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*; Cuj. III. 221.

(44) § 2. J. *eod.* L. 1. § 3. D. *eod.*

schiavi (45), e l'erede quelle fatte al suo autore dopo la morte di costui (46). Ed in ciò non ha luogo alcuna solidalità di dritto, ma piuttosto può agir tanto l'offeso medesimo, ove ne abbia la possibilità (47), quanto l'altro (48). Solo, i figliuoli sotto la patria potestà non possono intentare l'azione da se stessi, se non quando il loro padre ne sia impedito (49). I procuratori sono senza restrizione ammessi (50); ma per contrario l'azione non può esser ceduta (51). Nella valutazione dell'ingiuria si vuol computare eziandio il danno pecuniario, che n'è provenuto, avuto riguardo al valore nel tempo del delitto (52); si dee anche por mente se l'ingiuria sia *atrox o levis;* imperocchè una *injuria atrox* può valutarsi di più (53). Ma una ingiuria può essere *atrox* non solamente *facto*, cioè per l'indole aggravante del fatto stesso, ma anche *persona* o *loco*, allorchè sia fatta a persone, a cui si deve riverenza, o in un luogo, il quale è spezialmente destinato al riposo ed alla pace (54). Nelle ingiurie da parte di uno schiavo l'azione si dà come *actio noxalis* contro il padrone, il quale nondimeno, se non vuol pagare, ha la scelta di attenersi alla *noxae datio*, o di consegnare lo schiavo al Giudice per la punizione criminale (55).

2.° Per contrario l'accusa per cagione d'ingiurie può procedere assolutamente solo dall'offeso, anche quando sia tuttora sotto la patria potestà (56), e per regola non si può neppure costituire un procuratore. Veramente la *lex Cornelia de injuriis* avea disposto il contrario (57), ma la pratica rigettò i procuratori anche per *l'accusatio injuriae* (58), finchè Zenone non introdusse una eccezione a vantaggio

(45) § 3-6. J. *eod.* L. 1. § 3. 7. L. 15. § 34-49. L. 16. L. 25. L. 26. D. *eod.* L. 1. C. *eod.*; Caj. III. 222.; Collat. II. 4.

(46) L. 1. § 4. 6. D. *eod.*

(47) Nelle ingiurie contro i morti, e contro gli schiavi ciò naturalmente non ha luogo § 3. J. *eod.*

(48) L. 1. § 9. L. 18. § 2. D. *eod.*

(49) L. 17. § 10-22. D. *eod.*

(50) L. 11. § 2. L. 17. § 10. 15-20. D. *eod.*

(51) L. 32. pr. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 28. D. *de injur.* (47. 10.)

(52) L. 21. D. *eod.* L. 7. C. *eod.*

(53) Collat. II. 2.; Paul. V. 4. § 10.

(54) § 9. J. *eod.* L. 7. § 2. 7. 8. L. 8. L. 9. D. *eod.* L. 4. C. *eod.*

(55) L. 17. § 4-9. D. *eod.*; Paul. V. 4. § 22.

(56) L. 5. § 6. 7. D. *eod.*

(57) L. 42. § 1. D. *de procur.* (8. 3.)

(58) Paul. V. 4. § 12.: « injuriarum non nisi praesentes accusare possunt; crimen enim, quod vindictae aut calumniae judicium expectat, per alios intendi non potest. »

delle *personae illustres* (59). La pena del pari che la multa è arbitraria (60).

3.° I principi comuni sono i seguenti: 1) il dritto di agire si prescrive in un anno (61), e si estingue anche prima mediante la remissione o il perdono (62), o quando l'offeso ha accettata una riparazione (63), come pure per la morte di una delle parti; imperocchè per cagione d'ingiurie non si può agire nè contro gli eredi nè dagli eredi, colla sola eccezione che l'azione civile di già istituita può dagli eredi dell'attore esser continuata (64). 2) Se in un atto si contengano diverse ingiurie, si debbono comprender tutte in una sola azione (65), e sempre non è permesso che o di instituire l'azione civile, o di procedere per via d'accusa, e però uno di questi mezzi legali vien sempre a cessare per l'uso che siesi fatto dell'altro (66); ma la circostanza che il fatto contenga eziandio un altro delitto non esclude l'azione d'ingiuria (67). 3) Se più persone son complici di una ingiuria, tutte possono esser convenute o accusate (68), e del pari se son più gli offesi, tutti possono agire indipendentemente l'uno dall'altro (69). E così anche avviene quando l'ingiuria colpisce una persona diversa da quella, contro di cui era diretto *l'animus injuriandi*, come quando l'autore abbia errato nella persona (70), ovvero le calunnie ed ingiuriose imputazioni sieno di tal fatta, che per conseguenza vengano a colpire anche un altro (71). 4) Il carico della prova dell'attore riguarda solo il fatto, dal quale pretende di essere stato offeso, ma sopra di questo fatto anche nei giudizi di accusa egli può deferire il giuramento (72). Per contrario non deve anche dimostrare *l'animus injuriandi*, ma è lasciato al giudice di valutare secondo le circo-

(59) L. 11. C. *de injur.* (9. 35.) § 10. J. *eod.*
(60) Paul. V. 4. § 8. 15. 16. 17.; L. 45. D. *eod.*
(61) L. 5. C. *eod.* L. 17. § 6. *eod.* pr. J. *de perpet.* (4. 12.)
(62) L. 17. § 1. D. *de pact.* (2. 14.) L. 11. § 1. L. 17. § 12. D. *de injur.* (47. 10.) § 12. J. *eod.*
(63) L. 17. § 1. 6. D. *eod.*
(64) L. 13. pr. L. 15. § 14. D. *eod.* § 1. J. *de perpet.* (4. 12.)
(65) L. 7. § 5. D. *eod.*
(66) L. 6. D. *eod.*
(67) L. 4. § 1. D. *ad leg. Jul. de vi priv.* (48. 7.) L. 7. § 1. L. 25. D. *de injur.* (47. 10.)
(68) Paul. V. 4. § 20.; L. 5. § 9. L. 11. pr. § 3-6. L. 15. § 2. L. 34. D. *eod.*
(69) L. 15. § 48. 49. L. 16. L. 17. pr. L. 18. § 2. L. 41. D. *eod.*
(70) L. 18. § 3. D. *eod.*
(71) L. 10. C. *eod.*
(72) L. 5. § 8. D. *de injur.* (47. 10.)

stanze se questo vi sia o no; per il che l' attore dee descrivere l'avvenuto il più esattamente che si può (73). Naturalmente anche il convenuto dall'altro lato ha libera facoltà di provare che egli non abbia agito *animo injuriandi* (74), il che nelle pretese calunnie si presume, quando il convenuto dimostra la così detta *exceptio veritatis*, cioè la verità dei fatti asseriti (75), anche quando le asserzioni, come scritti oltraggiosi, siano state diffuse nel *Publicum* (76. 5). Per effetto di una costituzione imperiale insieme colla punizione dee sempre togliersi via ciò che si è diretto all'oltraggio dell' attore (77), e nelle accuse calunniose si deve impor silenzio al convenuto (78).

2) *Furto*:

A. principii generali.

§ 285. Chiamasi furto, *furtum*, un' ingiusta appropriazione o usurpazione di dominio, *contrectatio*, di una cosa mobile, commessa dolosamente e coll' intenzione di far guadagno (1). Il dolo qui è essenziale; ma esso non è sufficiente quando non abbia per iscopo un guadagno (2). Se l' appropriazione consiste solo in un uso non permesso della cosa, allora il furto vien detto *furtum usus*, come per contrario appellasi *furtum rei* quando si tratta della cosa stessa (3). Il furto di quest' ultima specie si suddivide: 1) Nel *furtum rei alienae*, il quale A. non si commette solamente impadronendosi di cose altrui occultamente o con violenza (4), ma ancora B. quando un detentore per illegittimi fatti di dominio manifesta la sua intenzione di appropriarsi le cose detenute (5), ovvero C. quando alcuno si riceve le cose che un altro gli dà

(73) L. 7. pr. § 2. 4. D. *eod.*; Collat. II. 6.
(74) L. 5. C. *eod.*
(75) L. 18. pr. D. *eod.*
(76) L. un. C. *de fam. libell.* (9. 36.)
(77) L. 37. pr. D. *de injur.* (47. 10.) L. 5. C. *de ingen. man.* (7. 14.). Da quest' ultimo passo la pratica ha formata la così detta *provocatio ex lege* DIFFAMARI.
(1) § 1. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.) L. 1. § 3. D. *de furt.* (47. 2.)
(2) L. 14. § 2. L. 41. § 1. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.)
(3) § 1. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.) L. 1. § 3. L. 41. L. 51. § 2. L. 66. pr. § 1. D. *de furtis.* (47. 2.); Caj. III. 195-198.
(4) Pr. § 1. J. *vi bon. rapt.* (4. 2.) L. 49. § 7. D *de furt.* (47. 2.)
(5) L. 22. § 7. D. *mand.* (17. 1.) L. 3. § 18. L. 47. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 33. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 12. D. *de vi* (43. 16.) L. 1. § 2. L. 33. § 1. L. 47. § 6. L. 53. § 7. L. 68. pr. L. 69. pr. L. 73. pr. D. *de furt.* (47. 2.) L. 29. D.

per errore, conoscendo questo errore (6), ovvero D. quando un possessore di mala fede di una cosa altrui l'aliena (7), ovvero C. quando l'inventore ritiene la cosa ritrovata (8), ovvero F. quando uno schiavo o colono fugge via dal suo padrone, reputandosi in tal caso che egli rubi sè stesso (9); 2) Nel *Furtum rei communis*, allorchè uno dei comproprietarii furtivamente si appropria egli solo la cosa comune (10); 3) Nel *Furtum rei propriae*, allorchè il proprietario o A. toglie la sua cosa ad un detentore o possessore civile, il quale ha un legittimo interesse al possesso della medesima, per privarlo di questo tale vantaggio (11), o B. dolosamente aliena una cosa spezialmente oppignorata (12). Il così detto *furtum possessionis* (13) che si aggiugne al *furtum usus* e *rei* non indica una terza specie di furto, ma solamente il *furtum rei alienae* indicato sotto il n. 1. lettera B. che commette il detentore quando si appropria la cosa, e fa perdere al possessore civile la sua *possessio* (14). Siccome quando alcuno invola anche una sola parte di una cosa, la sua usurpazione colpisce l'intero, essendochè per ciò appunto che egli si permette di toglierne una parte, esercita un dominio sulla cosa, così i giureconsulti Romani disputavano intorno alla quistione se nella sottrazione di una parte si dovesse riconoscere un furto dell'intero (15), e per

depositi (16. 3.) L. 3. C. *eod.* (4. 34.) L. 1. L. 7. C. *pro emptore* (7. 32.); Theoph. IV. 1. § 1. V. § 157.

(6) L. 18. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 14. D. *de cond. causa data* (12. 4.)

(7) L. 36 L. 37. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 6. C. *de furtis* (6. 2.) L. 1. L. 7. C. *pro emptore* (7. 26.) L. 2. C. *de usuc. pro don.* (7. 27.) Nov. 119. c. 7.

(8) L. 31. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 44. § 4. 8. D. *de furt.* (47. 2.) L. 3. pr. D. *de incend.* (47. 9.) § 48. J. *de rer. div.* (2. 1.)

(9) L. 62. D. *de furt.* (47. 2.) L. 4. § 15-17. L. 33. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 23. pr. C. *de agric.* (11. 47.)

(10) L. 45. D. *pro socio* (17. 2.) L. 46. D. *de furt.* (47. 2.)

(11) Caj. III. 200.; § 10. 14. 16. 17. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.) L. 22. pr. L. 36. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 49. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 12. § 2. L. 14. § 3. 4. L. 15. § 1. 2. L. 19. § 5. 6. L. 20. L. 55. § 4. L. 61. L. 87. D. *de furt.* (47. 2.)

(12) L. 6. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 19. § 6. L. 68. pr. D. *de furt.* (47. 2.) L. 6. C. *de usuc. pro empt.* (7. 26.) V. § 208. n. VII.

(13) V. i luoghi citati nella Nota 1.

(14) Theoph. IV. 1. § 1.; Schol. ad leg. 1. Basil. lib. LX. tit. 12. Non vi è alcuna ragione di comprendere, come ordinariamente si fa, il *furtum rei propriae* sotto il *furtum possessionis*. Marezoll nell' Arch. per la prat. civ. vol. VIII. p. 281. seg.; *Bucholz* tratt. civ. Königsb. 1833. n. 26. In modo al tutto singolare nella L. 1. § 15. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.) viene anche chiamato *furtum possessionis*, quando alcuno si appropria una cosa altrui che attualmente non è posseduta da niuno, p. es. le cose dell'*hereditas jacens*, ovvero le cose smarrite.

(15) L. 21. pr. § 5. D. *de furt.* (47. 2.)

conseguenza se per una distrazione furtiva di un pezzo di una cosa immobile si commettesse un *furtum rei immobilis* (16), il che menò anche a questo, che alcuni vollero considerar come furto anche l' alienazione di un immobile da parte di un ingiusto possessore (17). Ma finalmente si prese il partito di ritenere per rubata solo la parte effettivamente sottratta (18), e con ciò dovè anche escludersi l' opinione che si potesse commetter furto di un immobile (19). Ma oltre delle cose mobili anche gli uomini liberi possono essere objetto di un furto, in quanto però sieno sotto la potestà di un altro, ed a questo vengano sottratti (20). Dal furto risultano due diverse *obligationes* s. *actiones ex maleficio*, nelle quali, secondo un' antica *lex Hostilia* al tempo delle *legis actiones*, ciascuno potea intervenire a rappresentare il derubato allorchè questi era prigione del nemico, o assente per affari dello Stato (21).

1.° La *condictio furtiva* (22), la quale veramente è solo *persecutoria rei*, giacchè tende semplicemente alla restituzione della cosa rubata o del suo valore, ed al risarcimento di tutto il danno cagionato dal furto (23), ma non per tanto a buon diritto vien detta un' azione introdotta *odio furum* (24); imperocchè tende a rendere il ladro assolutamente responsabile pel furto, o che ne abbia tratto vantaggio o no (25). La stessa perdita della cosa per avvenimento fortuito non libera il ladro, giacchè egli si reputa fin dal principio *in mora restituendi* (26), e quindi tanto meno può liberarlo una semplice trasformazione del la medesima (27). Di più allorchè la cosa non si può restituire, deesi pagare il maggior valore, che la medesima ebbe dopo il

(16) Secondo Gell. XI. 18. Masurio Sabino sosteneva questa opinione.

(17) L. 38. D. *de usurp.* (41. 3.) § 7. J. *de usucap.* (2. 6.); Caj. II. 51.

(18) L. 21. pr. § 5. 6. 8. L. 22. § 1. L. 59. D. *de furt.* (47. 2.)

(19) L. 25. L. 53. § 8. D. *eod.*; Isidori Orig. V. 26., e i luoghi citati nella Nota 17.

(20) Caj. III. 149.; § 9. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.) L. 14. § 13. L. 38. L. 39. D. *de furt.* (47. 2.

(21) Pr. J. *per quos agere poss.* (4. 10.)

(22) Quest' azione nella L. 14. § 16. L. 71. D. *eod.* inesattamente chiamasi anche *actio furti*.

(23) L. 3. L. 7. § 1. 2. L. 8. § 2. L. 16. D. *de cond. furt.* (13. 1.)

(24) Caj. IV. 4.; § 14. J. *de act.* (4. 6.) L. 12. D. *usufruct. quemadm. cav.* (7. 9.)

(25) § 19. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.)

(26) L. 47. pr. D. *de furt.* (47. 2.) L. 9. C. *eod.* (6. 2.) L. 8. pr. § 1. L. 17. L. 20. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 2. C. *eod.* (4. 8.)

(27) L. 13. L. 14. § 2. 3. D. *eod.*

furto (28). Nondimeno anche al ladro si debbono compensare le spese utili (29). Se son più i ladri, tutti son solidalmente responsabili (30); ma gli eredi del ladro non son tenuti che a parti proporzionate, ed in generale solo in quanto alla morte del ladro la successione se ne trovava arricchita (31); e contro coloro che hanno semplicemente assistito il ladro quest' azione non ha luogo (32). È indifferente in che modo siasi commesso il furto; segnatamente quest' azione è ammissibile anche nella rapina (33), e per una singolare estensione, anche nella espulsione violenta di alcuno dal possesso di un fondo, sebbene qui non si riconosca alcun furto (34). D' altra parte essa compete soltanto al proprietario ed a'suoi eredi (35), e non già ad altri che pel furto abbiano altramente patito (36). Solo il creditore pignoratizio, a cui siasi rubato il pegno, ha parimente il dritto di valersi della *condictio* (37), ma nondimeno allorchè egli agisce contro il proprietario, ed il pegno non gli viene restituito, non può richiedere il valore della cosa, ma semplicemente l' amontare del suo credito (38), con che il credito stesso ne rimane estinto (39). Se il derubato ricupera

(28) L. 8. § 1. D. *eod.* L. 3. D. *de cond. tritic.* (13. 3.) L. 29. D. *rer. amot.* (25. 2.)

(29) L. 13. D. *de cond. furt.* (13. 1.

(30) L. 1. C. *eod.*

(31) L. 2. L. 5. L. 7. § 2. L. 9. D. *eod.* L. 1. pr. D. *de priv. del.* (47. 1.) L. 3. C. *rer. amot.* (5. 21.). Per verità è molto controverso se anche qui gli eredi sieno responsabili solo per quanto si siano arricchiti *W. Franke* Aggiunte n. 1. § 4.; ma l'analogia dell' *actio rerum amotarum* secondo la L. 3. C. *cit.* a me pare decisiva, quantunque gli altri testi allegati comportino una diversa interpetrazione.

(32) L. 5. L. 6. D. *de cond. furt.* (13. 1.)

(33) L. 10. § 1. D. *eod.*

(34) L. 25. § 1. D. *de furtis* (47. 2.) L. 2. D. *de cond. tritic.* (13. 3.)

(35) L. 1. L. 10. § 2. 3. L. 11. D. *de cond. furt.* (13. 1.). S' intende da sè che i tutori ed i *bonae fidei possessores* sono uguagliati al proprietario L. 56. § 4. D. *de furt.* (47. 2.) L. 136. D. *de R. J.* (50. 17

(36) L. 12. § 5. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 14. § 16. D. *de furt.* (47. 2.)

(37) L. 12. § 2. D. *de cond. furt.* (13. 1) L. 22. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 89. D. *de furt.* (47. 2.)

(38) L. 21. § 3. D. *de pignor.* (21.)

(39) L. 30. § 1. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 51. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 8. § 1. L. 38. § 17. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 57. D. *de R. J.* (50. 17.). Il dubbio, che Ulpiano nella L. 22. § 1. D. *de pign. act.* (13. 7.) deduce dall' *actio quod metus causa*, non è fondato, imperciocchè quest' ultima è un' *actio mixta*, e le *actiones mixtae* sotto più riguardi son trattate come *actiones poenales* (§ 61. Nota 4.); ma le pene pecuniarie, che il creditore ha ricevute non sono affatto da imputare sul credito L. 15. L. 81. D. *de furt.* (47. 2.) L. 74. D. *de sol.* (46. 3.) L. 22. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 6. D. *ne quis eum qui in jus voc.* (2. 7.). Intorno alle altre opinioni veggasi *Glück* sistema delle Pand. vol. XIV. p. 147. sg.

le cose o ne riceve il pagamento, cessa la *condictio* (40), e lo stesso è quando il ladro gli abbia offerto la restituzione, ed egli abbia ricusato (41), o quando sia cessata la sua proprietà sulla cosa (42), o quando abbia fatto una novazione (43), ovvero abbia rimesso il debito (44).

2.° L'*actio furti*, la quale è puramente penale (45) ed infamante (46), e si suddivide in *actio furti manifesti* e *nec manifesti*, secondo che siasi preso il ladro sul fatto stesso, almeno nel portar via le cose, o no (47). *L' actio furti nec manifesti*, già fondata nelle dodici Tavole, e però appartenente alle azioni civili tende solo al pagamento del doppio come pena (48). Pel *furtum manifestum* le dodici Tavole (le quali permettevano anche di uccidere il *fur manifestus* quando egli si difendeva con armi, o quando era sorpreso di notte in una casa) stabilirono una pena capitale, giacchè il ladro dovea divenire schiavo del derubato; ma l' Editto del Pretore vi sostituì in vece *l' actio furti manifesti* tendente al pagamento del quadruplo (49). Ma quì l' unità sulla quale si computa il doppio o il quadruplo, pel proprietario è il valore della cosa ed inoltre l' ammontare del danno positivo cagionatogli dal furto (50), per gli altri, l' ammonta del loro interesse. *L' actio furti* ha una applicazione molto più estesa che la *condictio furtiva*; imperocchè essa non solo si dà contro tutti coloro che han preso parte al furto come autori o come assistenti, senza che il pagamento di uno li-

(40) L. 9. § 1. D. *de furt.* (47. 2.) L. 1. pr. L. 14. § 2. D. *de cond. furt.* (13. 1.)

(41) L. 8. pr. L. 17. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(42) L. 10. § 2. 3. L. 11. L. 12. D. *eod.*

(43) L. 17. D. *eod.*

(44) L. 7. § 13. 14. L. 17. § 1. D. *de pr.* (2. 14.) L. 53. § 26. D. *de furt.* (47. 2.)

(45) § 19. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.) L. § 1. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 56. § 3. D. *de furt.* (47. 2.)

(46) L. 1. D. *de his qui not. infam.* (3. 2.)

(47) Caj. III. 183-185. 194.; Gell. XI. 18.; Paul. S. R. II. 31. § 2.; § 3. J. *de obl. quae ex del.* (4.1.) L. 2-8. D. *de furt.* (47.2.); Collat. VII. 5. § 3.

(48) Caj. III. 190.; § 5. J. *eod.*; Cato de R. in praefat.; L. 55. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.); Festo p. *Nec* Confr. con la p. *Aare.*

(49) Caj. III. 189. IV. 111. 173.; Gell. XI. 18.; Serv. ad aeneid. VIII. V. 205.; Collat. VII. 1-4.; Isidori Orig. V. 26.; Macr. Saturn. I. 4.; pr. J. *de perpet. et temp. act.* (4. 12.); Theoph. IV. 12. pr.; § 5. *de obl. quae ex del.* (4. 1.) L. 42. § 2. L. 56. § 2. D. *de furt.* (47. 2.)

(50) L. 27. L. 32. pr. L. 51. pr. L. 69. § 2. L. 73. § 1. L. 78. § 1. L. 82. § 1. L. 84. § 3. D. *eod.*

devi gli altri, dovendo ciascuno pagar la sua pena (51), ma compete eziandio a tutti coloro che il furto ha danneggiati, o che per effetto dell'obbligazione alla custodia o per altre ragioni portano il pericolo della cosa (52), presupposto, che il loro interesse non poggi sopra una causa turpe (53), e che *in concreto* non siano stati liberati dal rischio, per la qual ragione anche lo stesso proprietario non può intentare *l'actio furti*, quando un altro gli dev'esser garante per la cosa (54). Da ciò si fa chiaro che l'azione per un medesimo furto può incontrarsi più volte e per una pena molto diversa (55). Per il creditore pignoratizio derubato la pena, che egli non è tenuto in nessun caso d'imputare sul suo credito, è diversa secondo il ladro; giacchè se l'oppignorante istesso ha rubato la cosa, l'interesse del creditore che si prende a base è l'ammontare del debito, ma se il ladro è un altra persona, l'interesse del creditore è il valore del pegno (56). *L'actio furti* passa assolutamente agli eredi, ma contro gli eredi non ha luogo come quella che è un'*actio poenalis* (57), e la rinunzia esclude interamente l'azione (58), mentre poi non si ha riguardo che le cose rubate siano state ricuperate (59). Ma a lato all'*actio furti manifesti e nec manifesti* ci ha nel dritto antico una moltitudine di speciali *actiones furti*, le quali tutte sono infamanti (60). 1) L'*actio furti concepti* che le dodici Tavole davano pel triplo contro colui, presso del quale dopo una ricerca fatta nelle forme legali, le cose rubate si erano rinvenute (61). 2) L'*actio furti prohibiti*

(51) § 11. 12. J. *eod.* L. 34. L. L. 31. L. 36. L. 51. § 1-4. L. 52. L. 53. pr. § 19. L. 56. § 4. D. *eod.* L. 53. § 2. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 12. L. 20. C. *de furt.* (6. 2.); Caj. III. 202.; L. 55. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(52) § 13-16. J. *de obl. quae ex del.* 4. 1.) L. 10. L. 11. L. 12. pr. § 2. L. 14. § 1-4. 8-17. L. 47. § 1. 3. 4. L. 73. § 1. L. 87. D. *de furt.* (47. 2.); Caj. III. 203-207.; Paul. II. 31. § 17. 30.

(53) L. 11. L. 12. § 1. L. 14. § 3. L. 78. § 1. D. *eod.*

(54) § 15. J. *eod.* L. 12. pr. L. 14. § 10. L. 47. § 1. 4. D. *eod.* Nondimeno nel comodato Giustiniano permise al proprietario di abbandonare il suo dritto al risarcimento contro il comodatario, ed intentare invece l'*actio furti* contro il ladro, il che prima era controverso L. 22. C. *eod.* (6. 2.)

(55) L. 47. § 1. 4. 5. D. *eod.*

(56) L. 89. L. 81. L. 15. pr. D. *eod.* L. 46. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 74. D. *de solut.* (46. 3.) L. 22. pr. D. *de pign. at.* (13. 7.)

(57) L. 1. pr. § 1. D. *de priv. del.* (47. 1.); Paul. II. 31. § 6.

(58) L. 17. § 1. D. *de pact.* (2. 14.) L. 13. C. *de furt.* (6. 2.)

(59) L. 12. C. *eod.*; Paul. II. 31. § 13. Il § 14. ivi, che apparentemente sta in contradizione, devesi riferire alla *condictio furtiva.*

(60) Collat. VII. 5. § 1.; Paul. II. 31. § 15.

(61) Caj. III. 186. 191.; Paul. II. 31. § 5.; Collat. VII. 5. § 3. 5.; 4. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.)

contro colui che non avea tolerato che si facesse nella casa una legittima ricerca delle cose rubate. Nelle dodici Tavole questo veniva aggualiato al *furtum manifestum*, e quindi secondo l'Editto del Pretore anche qui vi fu sostituita la pena del quadruplo (62). Ma intorno alla forma della ricerca della casa le dodici Tavole aveano adottata la disposizione, che si pretende esser tolta in prestito dagli Ateniesi, cioè che colui il quale faceva la ricerca dovesse esser nudo, cinto di una semplice fascia, *licium*, e con un piatto, *lanx*, nelle mani, recare con sè tra testimoni ingenui, ed indicare e descrivere esattamente la cosa che ricercava (63); nondimeno la prescrizione sulla fascia e sul piatto, da cui era derivata l'espressione *furtum lance et licio conceptum*, per la cosa ritrovata col mezzo di una ricerca fatta legalmente nella casa dovè ben presto, come cosa inutile cadere in disuso (64). 3) L'*actio furti oblati*, azione mista da parte di colui, presso il quale erasi malignamente introdotta una cosa rubata, contro l'autore del fatto per conseguire la cosa o il suo valore, ed il triplo di più per pena (65). Da ultimo 4) l'*actio furti non exhibiti* introdotta nell'editto del pretore contro colui che non volea spontaneamente consegnare una cosa rubata trovata presso di lui, il cui oggetto però non ci è indicato (66). Nei Giureconsulti classici, ed anche nella *collatio legum Mosaicarum et Romanarum* appariscono queste speciali *actiones furti* come tuttora in voga; ma al tempo di Giustiniano esse di già non erano più in uso, senza che sia manifesta una ragione sufficiente di cotal disposizione (67). Per contrario si mantenne il principio, il quale s'incontra già in Ulpiano, che invece d'intentar l'*actio furti*, sia permesso di provocare per via di accusa una punizione criminale (68).

(62) Caj. III. 188-192. 194.: Gell. XI. 18.; § 4. J. cit.; lex Rom. Burg. tit. 12.

(63) Caj. III. 192. 193.; Festo p. *Lance et Licio*; Gell. XI. 18. XVI. 10. ; Paul. II. 31. § 22.; lex Rom. Burg. l. c.

(64) Caj. l. c.; Gell. l. c. Se le dodici Tavole avessero già parlato del *furtum lance et licio conceptum*, io di accordo con *Christiansen* Storia del dritto p. 182. terrei per verisimile che ciò sia stato non altro che un modo di dire figurato, che più tardi non fu più compreso. Ma secondo Cajo l. c., il quale come comentatore delle dodici Tavole dovea conoscerle, la cosa va al contrario; giacchè le dodici Tavole espressamente parlavano della fascia e del piatto, e quindi da ciò quel modo di dire posteriormente fu preso.

(65) Paul. II. 31. § 3. 5. 14.; Collat. VII 5. § 4. 6.; § 4. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.); Caj. III. 187.

(66) § 4. J. cit. Probabilmente qui l'interesse poteva esser valutato col *jusjurandum in litem*.

(67) La ragione allegata nel § 4. J. cit. che la forma antica della perquisizione della casa non fosse più in uso è manifestamente disadatta ed insufficiente.

(68) L. 94. D. *de furt.* (47. 10.)

B. Furti che per legge si distinguono dagli altri (qualificati).

§ 286. Parecchi furti per diverse cagioni sono per legge trattati in un modo che si allontana alquanto dalle ordinarie regole.

1.° Di già nel dritto civile antico s'incontrano dei casi, nei quali le azioni nascenti dal furto non han luogo. A questi appartengono 1) i furti da parte di coloro che stanno sotto la potestà del derubato. Se vi sono de' complici in tali furti, questi possono assolutamente esser convenuti secondo le ordinarie regole con la *condictio* furtiva del pari che con l'*actio furti*; ma per gli *homines alieni juris* queste azioni non hanno veruna applicazione (1); ancora è quì da notare la particolare restrizione, che gli *homines alieni juris* come detentori del loro *paterfamilias* non possono per la *contrectatio* acquistare a sè medesimi il possesso (2). 2) I furti, di cui si rendono colpevoli le nuore verso i suoceri, pei quali parimenti cessano le azioni di furto, in quanto il marito si trovi tuttavia nella potestà del padre (3). 3) I furti, che i liberti, clienti, e servitori mercenari commettono contro i loro patroni o i loro commettenti, pei quali almeno l'*actio furti* non è ammessibile contro di loro (4). 4) I furti tra conjugi, pei quali parimenti le azioni di furto non possono ammettersi se non contro gli altri complici. Nell' antica *in manum conventio* ciò potevasi, per la natura del rapporto, riferir soltanto ai furti della moglie, e questo era indubitatamente una semplice derivazione del principio, che la moglie era in potestà del marito (5). Ma la esclusione delle azioni di furto tra conjugi fu estesa eziandio al libero matrimonio, ed applicata ad amendue i conjugi (6), con la sola eccezione che quando la sottrazione aveva avuto luogo per aspettativa del divorzio, poteva intentarsi la *condictio* furtiva, ma sotto il nome più mite di *actio rerum amotarum* (7), e quando il furto erasi commesso prima del

(1) L. 16. L. 17. pr. D. *de furtis* (47. 2.) L. 52. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(2) L. 15. L. 40. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 33. § 6. D. *de usurpat.* (41. 3.)

(3) L. 15. § 1. D. *rer. amot.* (25. 2.). Senza dubbio ciò ha origine dell' antica *in manum conventio*, in cui il suocero, quando il figliuolo stava tuttora sotto la sua potestà, era il vero possessore della *manus* sopra la nuora.

(4) L. 91. D. *de furt.* (47. 2.)

(5) L. 1. D. *de act. rer. amot.* (25. 2.) L. 5. D. *de expil. hered.* (47. 19.) L. 17. C. *de furt.* (6. 2.)

(6) L. 6. § 2. L. 7. D. *de act. rer. amot.* (25. 2.). Non si oppone la L. 25. D. *ead.* in cui si intende parlare non già della *condictio furtiva*, ma della *condictio sine causa.*

(7) L. 3-7. L. 11. pr. L. 21. L. 23. L. 25. L. 26. L. 30. D. *ead.* L. 26. D. *de O. et A.* (44. 7.). È singolare che l'*actio rerum amotarum*, sebbene annoverata tra le

matrimonio, almeno la *condictio furtiva* poteva aver luogo, ma non già anche l'*actio furti* (8). 5) Le sottrazioni da un'eredità non ancora adita. Secondo l'antico dritto era pienamente permesso di prender cose da una *hereditas jacens*, anzi queste cose si usucapivano in un anno mediante la così detta *usucapio lucrativa pro herede*, senza riguardo a buona fede (9). Per certo fino a questo termine siffatte cose potevano dagli eredi esser reclamate con la *hereditatis petitio*, con la *rei vindicatio*, e con *l' actio ad exhibendum* (10), ma non si trattava già di azioni di furto (11), e tanto meno si dava luogo ad altra punizione. Ma più tardi il dilapidamento della eredità *expilatio hereditatis* divenne illegittimo. Da prima l' Editto del Pretore diede un' azione pel doppio contro il liberto manomesso dal testatore per testamento, allorchè questi, prima che l' eredità fosse adita dagli eredi, avea sottratto o danneggiato qualche cosa ereditaria (12). Di poi Adriano rigettò l'*usucapio lucrativa pro haerede*, salvo contro i semplici eredi necessarii (13), ed infine un Senatoconsulto sotto Marco Aurelio stabilì generalmente una pena criminale per chiunque commetta furto su di una eredità (14). Intanto il principio, che qui cessano le azioni di furto, fu sempre conservato (15), e per coloro, i quali per qualche altra ragione sen liberati dall' *actio furti*, non ha neppure applicazione la pena criminale della *expilatio hereditatis*. (16). 6) L' edificare con materiale altrui, *tigna*, ed il servirsi del legname altrui per farne pali da vigne. In questo caso non solo le dodici Tavole per favore degli edifizii e della cultura delle vigne esclusero la revindicazione e *l'actio ad exhibendum* finchè l'edifizio sussisteva, e i pali erano adoperati (17), mentre dal-

condictiones, pure ammetteva il *juramentum in litem* L. 8. § 1. D. *de act. rer. amot.* (25. 2.)

(8) L. 3. § 2. D. *de act. rer. amot.* (25. 2.)

(9) Caj. II. 52-56.; L. 33. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 2. § 1. D. *pro herede* (41. 5.) V. § 168. Nota 14.

(10) L. 22. § 1. D. *de act. rer. amot.* (25. 2.) L. 3. D. *expilatae hered.* (47. 19.)

(11) L. 2. § 1. L. 6. D. *eod.* L. 70-72. D. *de furt.* (47. 2.) L. 1. § 15. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.) L. 6. C. *expil. her.* (9. 32.)

(12) L. 1. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.)

(13) Caj. II. 57. 58.; L. 1. C. *de usuc. pro herede* (7. 29.)

(14) L. 1. D. *expil. hered.* (47. 19.) L. 6. C. *eod.* (9. 32.) Confr. L. 3. D. *de extraord. crim.* (47. 11.)

(15) V. i testi citati nella Nota 13.

(16) L. 5. D. *expil. hered.* (47. 19.) L. 17. C. *de furt.* (6. 2.) L. 24. C. *expil. hered.* (9. 32.). Non si oppone la L. 6. C. *eod.*

(17) V. § 161. Nota 52.

l'altro lato per verità cessava anche l'usucapione (18), ma non potevano neppure intentarsi le azioni di furto, poco importando se quelle cose fossero state prese per errore, o maliziosamente involate, ma in loro vece si potea fare uso soltanto dell' *actio de tigno juncto* pel doppio del valore (19). Nondimeno in caso di furto la proprietà del derubato continuava anche dopo il pagamento del doppio (20).

2.° Per opposto ai casi fin qui dichiarati ce ne ha di quelli, in cui il furto dà luogo ad azioni, che sono al derubato di un vantaggio maggiore che le ordinarie azioni di furto: 1) l'*actio vi bonorum raptorum* (21). Quest' azione introdotta per un Editto del noto Lucullo in seguito della non sicurezza e della violenza che era divenuta frequente, e per la quale dovea seguire una spedita decisione per mezzo di recuperatori (22), si riferisce propriamente soltanto al caso che malvagiamente

(18) L. 23. pr. § 2. L. 30. § 1. D. *de usurp.* (41.3.)

(19) L. 1. pr. § 1. D. *de tigno juncto* (47. 3.) L. 6. L. 7. pr. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 62. D. *de V. S.* (50. 16.). Festo p. *Tignum.* Nondimeno in caso di dolo può anche l'*actio ad exhibendum* intentarsi pel risarcimento, come quando il convenuto *dolo possidere desiit* L. 23. § 6. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 1. § 2. D. *de tigno juncto* (47. 3.).

(20) L. 2. D. *eod.* § 29. J. *de rer. div.* (2. 1.)

(21) *Huschke de act. vi bon. rapt.* in Imm. *Huschki* Anal. *Literär.* T. 1. n. 1.

(22) Cic. Fragm. orat. pro Tullio. « judicium vestrum est, .. cum spem difensionis nullam reliquisset. Judicium vestrum est, Recuperatores, quantae pecuniae paret dolo malo familiae P. Fabii vi hominibus armatis coactis vi damnum factum esse M. Tullio. Ejus rei taxationem nos fecimus; aestimatio vestra est; judicium datum est in quadruplum. Cum omnes leges omniaque judicia, quae paulo graviora atque asperiora videntur esse, ex improborum iniquitate et injuria nata sunt; tum hoc judicium, paucis hisce annis propter hominum malam consuetudinem, nimiamque licentiam, constitutum est. Nam cum multae familiae dicerentur in agris longinquis et pascuis armatae esse, caedesque facere, cumque ea consuetudo non solum ad res privatorum, sed etiam ad summam rempublicam pertinere videretur, M. Lucullus, qui summa aequitate ac sapientia jus dixit, primus hoc judicium composuit, et id spectavit, ut omnes ita familias suas continerent, ut non modo armati damnum nemini darent, verum etiam lacessiti jure se potius quam armis defenderent. Et cum scirent de damno legem esse Aquiliam, tamen hoc ita existimavit, apud majores nostros cum et res et cupiditates minores essent, et familiae magnae magno metu continerentur, ut perraro fieret, ut homo occideretur, idque nefarium et singulare facinus putaretur, nihil opus fuisse judicio de vi coactis armatisque hominibus. Quod enim usu non veniebat, de eo si quis legem aut judicium constitueret, non tam prohibere videretur, quam admonere. His temporibus cum ex bello diuturno atque domestico res in eam consuetudinem venisset, ut homines minore religione armis uterentur, necesse putavit esse in universam familiam judicium dare, quod a familia factum diceret jure: et Recuperatores dare, ut quamprimum res judicaretur et poenam graviorem constituere, ut metu comprimeretur audacia; et illam latebram tollere. damnum, *injuria si absit inferri posse:* ut privati ipsi statuerent quo tempore possent suo jure arma capere, manum

e con violenza sieno commessi danni e ruberie da genti riunite insieme a questo fine, *hominibus coactis* (23), e tra lo spazio di un anno si dà pel quadruplo, ma di poi pel semplice valore della cosa danneggiata o rubata, e non già di tutto l'interesse (24). Ma nel quadruplo si comprende la prestazione del risarcimento, e però l'azione appartiene alle *actiones mixtae* (25), sebbene alcuni Giureconsulti Romani fossero di altro avviso (26); e di più quest'azione in tanto vien riguardata come interamente penale, in quanto che non ha luogo contro gli eredi (27). Dall'altra parte quest'azione può intentarsi non solo contro il promotore che ha raccolto insieme la gente, ma anche contro tutti coloro, che vi han preso parte, ed eziandio per quei danni che provengono da altri complici (28), e compete eziandio agli eredi di chi ha patito il danno (29). Siccome la rapina non è che una specie del *furtum*, così nel caso di rapina quest'azione concorre con le azioni di furto (30), anzi si dà anche *utiliter* per la semplice rapina senza riunione di persone (31), eccetto quando siasi solamente presa una cosa propria (32). Intanto nella rapina essa non è d'importanza se non quando mancano le condizioni del furto manifesto (33). Del resto è indifferente se le cose appartengano o no a colui che ha patito la rapina (34), e la restituzione delle cose non toglie il dritto dell'azione (35). 2) Le sottrazioni e i danneggiamenti in tempo di pericolo. Contro colui che in un incendio, in una rovina di case, in un naufragio, o nella preda di un bastimento rapisce qualche cosa o maliziosamente la occulta, o ar-

cogere, homines occidere. Cum judicium ita daretur, ut hoc solum in judicium venire videretur, ne vi hominibus coactis armatis vi damnum dolo malo familiae datum, neque illud adjecit INJURIA; putavit se audaciam improborum sustulisse, cum spem defensionis nullam reliquisset. »

(23) Cic. l. c.; pr. J. *de vi bon. rapt.* (4. 2.) L. 2. pr. § 1-9. 18. D. *eod.* (47. 8.)

(24) Caj. III. 209.; L. 2. pr. § 13. D. *eod.* L. 4. C. *de nox. act.* (3. 41.)

(25) Pr. J. *de vi bon. rapt.* (4. 2.) § 19. J. *de act.* (4. 6.)

(26) Caj. IV. 8.

(27) L. 2. § 27. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.)

(28) L. 2. § 2. 3. 12. D. *eod.*

(29) L. 2. § 27. D. *eod.*

(30) L. 10. § 1. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 82. § 3. 4. L. 90. D. *de furt.* (47. 2.) L. 1. L. 2. § 10. 23. 26. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.) L. 1. § 2. D. *de cond. trit.* (13. 3.)

(31) Caj. III. 209.; L. 2. § 11. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.)

(32) L. 2. § 18. D. *eod.* § 1. J. *eod.*

(33) Per es. contro l'autore morale del furto, il quale non è mai tenuto come *fur manifestus*. L. 33. § 4. D. *de furt.* (47. 2.)

(34) L. 2. § 22. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.) § 2. J. *eod.*

(35) L. 5. D. *eod.*

reca danno, è parimente data nell' Editto del Pretore un' *actio mixta*, la quale tra un anno tende al quadruplo, ma di poi al semplice (36); ed anche contra gli eredi del colpevole non compete se non in quanto se ne sieno arricchiti (37). Non è poi una singolarità che si possa intentar quest'azione contro i padroni, allorchè gli schiavi si sieno resi colpevoli di un tale delitto (38); imperocchè qui è senza dubbio ammessa la *noxae datio*. Ma è al tutto singolare la prescrizione di un Senatoconsulto sotto Claudio, che chi in un naufragio abbia sottratto solo una piccolissima cosa, si debba riguardare come se avesse preso tutto quello che in questa occasione fu sottratto, come pure la prescrizione di un altro Senatoconsulto, che l'autore, oltre a quello a cui per l'azione pretoria è tenuto, debba pagare un altrettanto al Fisco (39). Inoltre parte da questo Senatoconsulto, e parte da costituzioni posteriori sono anche stabilite delle pene criminali per coloro, che per loro frode han procurato il naufragio o che in quella occasione han commesso furto (40).

3.° Da ultimo ci ha anche più casi di rapine e di furti, nei quali o cessa *l'actio furti*, e si fa luogo soltanto alle pene criminali, o insieme coll'*actio furti* si dee applicare eziandio una pena criminale (41). Ma una più ampia esposizione dei particolari intorno a ciò appartiene assolutamente al dritto criminale.

2) *Danni ingiusti.*

A. *Lex Aquilia.*

§ 287. Il danno ingiusto ed imputabile a colpa, che si arreca alle cose o alle persone altrui, vien detto in preferenza *damnum injuria datum*, danneggiamento ingiusto. Di già il dritto Romano antico conteneva sopra ciò parecchie disposizioni, delle quali ci son note le seguenti: 1) secondo una legge attribuita al Re Numa Pompilio chi colposamente uccideva un uomo libero dovea pagare per espiazione ai figliuoli di lui un montone bianco (1). 2) Secondo le dodici Tavole per

(36) L. 1. L. 2. L. 3. L. 5. L. 3. L. 6. L. 7. D. *de incend.* (47.9.)
(37) L. 4. § 2. D. *eod.*
(38) L. 1. pr. D. *eod.*
(39) L. 3. § 8. D. *eod.*
(40) L. 3. § 8. L. 4. § 1. L. 7. D. *eod.*
(41) Segnatamente il *sacrilegium*, il *peculatus*, l'*abigeatus*, il furto con frattura etc.
(1) Servio ad Virgil. Eclog IV. V. 43., ad Georg. lib. III. v. 387.; Festo p. *Subici*, e p. *Subjicere*. L'omicidio doloso secondo la stessa legge era *parricidium*, e si puniva di morte. Festo p. *Parricidii quaestores*.

un osso rotto, *os fractum*, per un uomo libero si doveano pagare trecento assi, ma per uno schiavo centocinquant' assi, e per le altre offese di membra nelle libere persone, *membrum ruptum*, si ammetteva la pena del taglione, il che pare non essersi riferito soltanto alle lesioni volontarie, ma anche al caso della colpa (2). 3). Pel danneggiamento di cose mediante un' azione corporale sulle medesime, *rupitias* per regola doveasi, secondo le dodici Tavole, prestare il semplice risarcimento del danno (3). 4) Ma chi dolosamente recideva alberi o boscaglie altrui era secondo le dodici Tavole soggetto all' *actio arborum furtim caesarum* portante una pena di venticinque assi per ogni albero o arbusto tagliato (4). 5) Chi occultamente di notte facea pascolare o mieteva le biade altrui, dovea secondo le dodici Tavole non solamente pagare il doppio del valore, ma oltre a ciò, se era pubere, dovea essere impiccato in onore di Cerere, e se impubere, dovea esser punito ad arbitrio del Magistrato (5). 6) Chi facea uso d'incantesimi per guastare i frutti altrui, *fruges excantavit* (6), o per attirarli sulla sua terra, *segetes vel fructus pellexit* (7), era parimenti minacciato dalle dodici Tavole di danni e pene particolari, delle quali non abbiamo precisa notizia (8). 7) È verisimile che le dodici Tavole contenessero eziandio la disposizione, che chi appiccasse il fuoco ad edifizi o mucchi di grano in prossimità di edifizii, nel caso di dolo fosse condannato a morire nel fuoco, ma nel caso di colpa, soltanto a risarcire il danno, e se ciò non potesse, a soffrire anche una lieve punizione (9). 8) A ciò si possono anche aggiungere le disposizioni delle dodici Tavole sull' *actio aquae pluviae arcendae*, imperocchè queste per certo riguardavano anche, anzi principalmente il caso che un possessore di fondi per una immutazione che avesse fatta al corso dell'acqua, avesse danneggiato il

(2) V. 384. § Nota 20. e 21. I testi quivi citati parlano in generale.

(3) Festo p. *Rupitias*, e p. *Sarcito*. La notizia che si trova presso Varrone de R. R. II. 5. che gli antichi avessero imposto la pena di morte per l'uccisione d' un bue, pare che non si riferisca a Roma.

(4) Plin. H. N. XVII. 1.; L. 7. § 6. D. *arb. furt. caes.* (47. 7.) Confr. con L. 1. L. 11. D. *eod.* L. 28. § 6. D. *de jurejur.* (12. 2); Caj. IV. 11.

(5) Plin. H. N. XVIII. c. 3. Confr. L. 14. § 3. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(6) Plin. H. N. XXVIII. 2.; Seneca natur. quaest. IV. 7.

(7) Serv. ad Virg. Eclog. VIII. v. 99.; Plin. H. N. XXX. 1.; Apulejus Apolog. I. p. 304. ed. Elemenhorst.

(8) Augustinus de civitate Dei VIII. 19.

(9) L. 9. D. *de incendio* (47. 9.). Questo passo è di Cajo lib. IV. ad leg. XII. Tabularum.

suo vicino (10). Questi antichi principii per ciò che avea riguardo alle cose (11), furono aboliti dalla *lex Aquilia*, plebiscito probabilmente del Sesto Secolo di Roma (12), ed in cambio questa legge introdusse una nuova azione, *l'actio legis Aquiliae*, che appartiene alle azioni miste (13), giacchè essa in prima tende al ristoro del danno arrecato, così del negativo, purchè sia certo, come del positivo (14), ma nel tempo istesso ed in doppia maniera può portare una pena privata, parte perchè la negazione del danneggiamento, se questo venga provato, produce la conseguenza di doversi pagare il doppio valore (15), parte perchè l'attore può valutare il danno in un modo speciale che oltrepassa il vero interesse. Se sieno stati uccisi degli schiavi o animali quadrupedi, *quadrupedes pecudes*, l'attore, secondo il primo capo della *lex Aquilia*, può valutarli al maggior valore che lo schiavo o l'animale si ebbe nell'ultimo anno precedente (16), e per gli altri danneggiamenti, secondo il capo terzo della legge, almeno al maggior valore che la cosa si ebbe negli ultimi trenta giorni (17). A cagione di questa indiretta punizione del colpevole, l'azione per rapporto alla trasmissione agli eredi, ed alla obbligazione solidale di più colpevoli vien riguardata come un'azione penale (18). È poi indifferente se il dannegiamento provenga da dolo o da colpa (19), ma piuttosto è sufficiente la più lieve colpa (20). Di più non è di ostacolo all'*actio legis Aquiliae* che per una data lesione sieno fondate più azioni, e però essa si ammette eziandio nei rapporti di obbligazione (21), anche in quei, nei quali l'azione del contratto non può

(10) V. Sopra § 211.

(11) L. 1. pr. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(12) V. la mia St. § 54. n. IV.

(13) § 19. J. *de act.* (4. 6.)

(14) Caj. III. 212.; L. 21. § 2. L. 22. L. 23. § 2-6. L. 29. § 3. L. 33. pr. D. *eod.* L. 1. § 16. D. *si quadrupes* (9. 1.)

(15) Caj. III. 216. L. 2. § 1. L. 23. § 10. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 4. C. *eod.* (3. 35.) Nov. 18. c. 8.

(16) Caj. III. 210. 214.; pr. § 1. 9. 10. 11. J. *eod.* L. 2. pr. § 2. L. 21. § 1. L. 23. § 3. L. 51. § 2. D. *eod.*

(17) Caj. III. 217. 218.; § 13-15. J. *eod.* L. 27. § 5. seg. L. 29. § 6. 8. D. *eod.*

(18) § 9. J. *eod.* L. 11. § 2. 4. L. 23. § 85. L. 51. § 1. 2. D. *eod.*; Confr. con § 19. J. *de act.* (4. 6.) L. 10. pr. D. *comm. div.* (10. 3.)

(19) Caj. III. 211.; § 6-9. J. *de lege Aquil.* (4. 3.)

(20) L. 44. D. *eod.* « In lege Aquilia et culpa levissima venit. » Questo è il solo luogo in cui trovasi l'espressione *culpa levissima*.

(21) L. 18. L. 19. L. 20. L. 27. § 9. 11. L. 42. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 16. § 5. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 10. pr. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 13. pr. D. *locati* (19. 3.). Anzi dopo l'azione nascente dall'obbligazione è ammessa anche l'*actio legis*

essere intentata che a cagione di colpa grave (22), o a cagione di una colpa *in suis non consueta* (23), senza che queste limitazioni abbiano influenza sull'*actio legis Aquiliae* (24). Un rapporto di obbligazione esistente può fare soltanto che si considerino come legittime e per conseguenza esenti da colpa quelle azioni, che altrimenti conterrebbero un danno ingiusto (25), e la lesione dee in tutte le circostanze essere ingiusta perchè ne derivi l'azione Aquilia (26). Ma secondo la *lex Aquilia* l'azione presupponeva che il danno cadesse su di una cosa (27), che vi fosse un *corpore corpori damnum datum*, cioè che mediante un'azione corporale fosse seguito un danno reale della cosa (28), e che l'attore avesse la proprietà sulla cosa danneggiata (29), e quindi l'*actio legis Aquiliae directa* non era fondata se non allorchè concorrevano questi requisiti (30). Ma di poi che nell'Editto del Pretore fu permesso d'intentare quest'azione come *actio in factum*, essa ottenne una più estesa applicazione (31). Imperocchè l'azione in questa forma viene anche am-

Aquiliae per tutto ciò che il risarcimento in quest'azione supera ciò che con quella si può ottenere L. 7. § 1. D. *commod.* (13. 6.) L. 34. pr. § 2. L. 41. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 2. § 3. D. *de privat. del.* (47. 1.)

(22) L. 42. D. *ad. leg. Aquil.* (9. 2.) L. 18. § 1. D. *commod.* (13. 6.)

(23) L. 10. pr. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 47. § 1. D. *pro socio* (17. 2.)

(24) L. 10. pr. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 13. pr. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 1. § 2. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.). Non si oppongono L. 1. § 1. D. *si mensor* (11. 6.) L. 18. § 3. D. *de donat.* (39. 5.) L. 41. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 14. D. *de precar.* (43. 26.) L. 14. § 11. D. *de furt.* (47. 2.). Di altra opinione sono *Höpfner* Commentar. § 1049.; *Schmidt* delle azioni ed eccezioni § 1206.; *Gensler* Observ. de culpa p. 23. seg.; *Thibaut* Pand. § 623., e nelle aggiunte pubblicate da *Braun* § 282. V. per contrario *Cocceji* jus controv. IX. 2. qu. 4.; *Glück* Sistem. delle Pand. vol. X. p. 699.; *Schomann* Manuale del dritto civ. vol. I. p. 165. seg.; *Lohr* Aggiunte alla teorica della colpa p. 167.; *Hasse* Culpa cap. 5. p. 170. seg.

(25) L. 15. § 1-3. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 27. § 29. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 54. § 2. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 36. D. *de R. J.* (50. 17.)

(26) § 2. J. *de lege Aquil.* (4. 3.) L. 3. L. 4. L. 5. pr. § 1. 2. L. 7. § 3. 4. L. 11. pr. L. 28. L. 29. § 7. L. 30. pr. L. 45. § 4. L. 49. § 1, D. *eod.*

(27) L. 13. pr. D. *eod.* V. Nota 32.

(28) Caj. III. 219.; § 16. J. *eod.* L. 13. § 2. D. *de usufr.* (7. 1.)

(29) L. 11. § 6. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.). Nondimeno trattandosi di danno arrecato a cose ereditarie di già secondo la *lex Aquilia* ritenevasi come proprietario l'erede posteriore, ovvero il legatario, se le cose eran legate L. 13. § 2. 3. L. 14. L. 15. pr. L. 17. § 1. L. 34. L. 35. L. 36. pr. L. 43. D. *eod.* Anzi quest'ultimo anche allorchè il danno proveniva dall'erede L. 14. D. *eod.*, ma non già nel *legatum damnationis*, dal che si può spiegare la L. 7. § 5. D. *de dolo* (4. 3.), la quale in apparenza pare che sia in contradizione. V. Nota 40.

(30) § 16. J. *de lege Aquil.* (4. 3.)

(31) § 16. J. cit. L. 33. § 1. D. *eod.* L. 11. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

[illegible] un [illegible] riportato il danno (32), quando l'attore non può dimostrare di aver sulla cosa se non un possesso di buona fede (33), davvero non ha sopra di essa che un *jus in re* (34), ed in questo caso anche quando il danno provenga dal proprietario (35); inoltre quando il danno si è prodotto senza un'azione corporale sulla cosa, e quindi non *corpore* (36), da ultimo quando alcuno per sua colpa ha cagionato la perdita di una cosa senza arrecarle un danno propriamente detto, e quindi non vi è *damnum corpori datum* in senso stretto (37). Nondimeno in ciò ha il Giudice una più libera estimazione sull'applicabilità dell'azione, eccetto quando alcuno agisca a cagione di un danno riportato nella sua persona, o come possessore di un *jus in re*, o a cagione di un danno non cagionato immediatamente *corpore*; nei quali casi l'ammissibilità dell'azione per usanza rimane ferma, e quindi viene indicata come *utilis s. ad exemplum legis Aquiliae actio* (38), ed è anzi contrapposta all' *actio in factum* (39). Un semplice rapporto di obbligazione, nel quale alcuno si trovi relativamente alla cosa danneggiata, non dà facoltà di promuovere l' azione Aquilia (40). Deve anche l' attore effettivamente aver patito un danno (41), e non essere egli medesimo in colpa (42), e pei danni che non consistono in una lesione o sottrazione di cose o di persone non è neppure applicabile l' *actio in factum legis Aquiliae* (43). Certamente la legge Aquilia nel secondo Capo avea

(32) L. 5. § 3. L. 7. pr. § 4. L. 18. pr. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(33) L. 11. § 8. L. 17. pr. D. *eod.* Ma secondo l' ultimo passo il *bonae fidei possessor* può anche agire contro il proprietario.

(34) L. 11. § 10. L. 12. L. 27. § 32. L. 30. § 1. D. *eod.*

(35) L. 12. L. 17. pr. D. *eod.*

(36) Caj. III. 219.; § 16. J. *de lege Aquil.* (4. 3.) L. 27. § 10. L. 49. pr. L. 53. D. *eod.* L. 51. § 4. L. 52. D. *de furt.* (47. 2.) L. 2. § 20. 21. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.) L. 5. C. *ad leg. Aquil.* (3. 35.), Collat. *leg. Mos. et Rom.* XII. 7. § 5. 6. 7.

(37) § 16. J. *eod.* L. 9. § 2. 3. L. 11. § 1. 5. L. 27. § 14. 15. 21. 35. L. 29. § L. 30. § 2. D. *eod.* L. 14. pr. § 2. L. 23. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 9. § 4. D. *exhib.* (10. 4.) L. 7. C. *eod.* (3. 42.)

(38) L. 13. pr. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 11. § 10. L. 27. § 32. L. 30. § 1. *eod.* Caj. III. 219.; § 16. J. *eod.* L. 53. D. *eod.* L. 51. § 4. L. 52. D. *de furt.* (47. 2.) L. 2. § 20. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.) L. 3. § 1. L. 4. D. *de servo corrupto* (11. 3.)

(39) § 16. J. *de lege Aquil.* (4. 3.)

(40) L. 11. § 7. 9. D. *eod.* L. 7. § 5. D. *de dolo* (4. 3.)

(41) L. 27. § 17. 25. 28. L. 36. § 1. L. 40. L. 41. pr. L. 54. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(42) L. 52. pr. § 1. D. *eod.* L. 203. D. *de R. J.* (50. 17.)

(43) Non si oppongono § 16. J. *de lege Aquil.* (4. 3.) L. 41. pr. D. *eod.* (9. 2.) L.

preso in considerazione anche il caso del tutto eterogeneo del danno che avveniva, allorchè un *adstipulator* faceva remissione del credito a danno del creditore principale, e per questo riguardo avea dato un'azione per indennità, per la quale parimente *lis infitiando crescebat in duplum* (44), ma Giustiniano la trasandò perchè era andata in disuso(45).

B. Casi spezialmente distinti dalla legge.

§ 288. In più casi il danno ingiusto può per l'autore aver delle conseguenze più rigorose di quelle che procedono dall'azione Aquilia:

1.° L'*actio arborum furtim caesarum* introdotta nelle dodici Tavole(1), contro la prescrizione della *lex Aquilia*, la quale abolì tutte le antiche disposizioni sul *damnum injuria datum* rimase tuttavia in uso. Essa ha luogo contro coloro, i quali occultamente tagliano o fan tagliare (2) gli alberi e le piante altrui (3) o che abbiano o no intenzione d' involarli (4), e secondo la pratica più recente compete non solo al proprietario, ma ad ognuno, al cui patrimonio il fondo si appartiene, ma non già anche al possessore di un semplice *jus in re* (5). Ed in luogo dei venticinque assi, che originalmente in essa si doveano pagare (6), subentrò il pagamento del doppio valore degli alberi tagliati (7). Ma questo doppio valore si ritiene come una mera pena (8), e però se sono più i colpevoli tutti quanti debbono pagare la pena (9), e l'azione non può esser promossa contro gli eredi (10). Quest'azione che appartiene alle *actiones perpetuae* passa certamente agli eredi di colui, al quale compete (11), ma se sono più gli eredi o i comproprietarii, ciascuno non può richiedere che una parte proporzionata della pena (12). Se il proprietario

3. § 14. D. *ad exhib.* (10. 3.). Il primo testo si riferisce ai casi della Nota 38., i due ultimi all'*actio de dolo in factum.*

(44) Caj. III. 215. 216.

(45) § 12. J. *de lege Aquil.* (4. 3.) L. 27. §. 4. D. *eod.*

(1) V. § 287. Nota 4.

(2) L. 2-4. L. 7. § 2. 3. D. *arb. furt. caes.* (47. 7.); Caj. IV. 11.

(3) L. 7. pr. § 4. 5. L. 8. § 1-3. D. *eod.*

(4) L. 7. § 1. L. 8. § 2. D. *eod.*

(5) L. 5. § 1-3. D. *eod.* L. 43. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(6) Plin. H. N. XVII. 1.

(7) L. 7. § 7. L. 11. D. *arb. furt. caes.* (47. 7.)

(8) L. 6. § 1. L. 7. § 6. D. *eod.*

(9) L. 6. pr. § 1. D. *eod.*

(10) L. 7. § 6. D. *eod.*

(11) L. 7. § 6. D. cit.

(12) L. 6. § 1. D. *eod.*

dopo ricevuto il danno aliena il fondo (13), ciò non gli toglie il suo dritto di azione. Del resto nel caso di una notturna recisione di alberi fruttiferi può aver luogo eziandio una pena criminale (14).

2.° Secondo l'Editto del Pretore sui furti commessi in casi d'incendio, naufragio etc. (15) colui che dolosamente cagiona un danno può anche fra un anno esser convenuto pel quadruplo (16).

3.° Secondo la *lex Cornelia de sicariis* di Silla per l'uccisione dolosa di uno schiavo fu dato al padrone il dritto anche di accusare il colpevole e di provocare una capitale (17).

4.° Sono spezialmente severi i principi sui danni cagionati dal fuoco. 1) Per gl' incendii dolosamente seguiti, allorchè si tratta di edifizii o di mucchi di grano presso una casa, è imposta una severa pena criminale, la quale nondimeno è varia secondo le circostanze, cioè secondo che alcuno abbia appiccato il fuoco in Città o in campagna (18). 2) Del pari per l'incendio doloso delle messi, delle viti, o delle piante di ulivo, salvochè la pena è alquanto più mite (19). 3) Colui che per colpa ha cagionato danni per effetto del fuoco, per regola veramente non è tenuto che al risarcimento secondo le prescrizioni della legge Aquilia, ma nondimeno, se la colpa è grave, può anche esser punito (20). 4) Chi incendia la sua propria casa dee ad ogni modo risarcire tutt'i danni, che ad altri ne sieno provenuti (21). E 5) chi accende il fuoco in un campo può esser convenuto coll'*actio in factum legis Aquiliae* anche quando il fuoco senza sua colpa siasi dilatato ed abbia fatto danno ad altri, il che per verità per un certo tempo fu controverso fra i Giure-

(13) L. 12. D. *eod.*

(14) Paul. S. R. V. 20. § 6. Nella L. 10. D. *de extraord. crim.* (47. 11.) si minaccia anche una pena pel taglio di un moro (albero) nelle dighe del Nilo, e secondo la L. 2. C. *de nox. act.* (3. 41.) pare che anche il taglio furtivo di alberi commesso da schiavi fosse specialmente punito.

(15) V. sopra § 286. Nota 32-36.

(16) L. 1. pr. L. 3. § 3. 4. D. *de incendio, ruina, naufrag.* (47. 9.)

(17) Caj. III. 213.; L. 23. § 9. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) § 11. J. *eod.* (4. 3.) L. 3. C. *eod.* (3. 35.)

(18) L. 9. L. 12. § 1. D. *de incendio* (47. 9.) L. 1. pr. L. 10. D. *ad leg. Corn. de Sicar.* (48. 8.) L. 28. § 12. D. *de poenis* (48. 19.) L. 11. C. *qui accus. non poss.* (9. 1.); Paul. S. R. V. 20. § 1. 2.; Collat. XII. c. 2. § 1. c. 4. § 1. c. 5. § 1. c. 6. § 1. c. 7. § 1-3.

(19) Paul. S. R. V. 20. § 5.; Collat. XII. c. 3. § 2.

(20) L. 9. L. 11. D. *de incend.* (47. 9.); Collat. XII. c. 5. § 2. c. 6. § 1. c. 7. § 1.

(21) Collat. XII. c. 7. § 3.

consulti Romani, ma fu infine riconosciuto da un Rescritto di Settimio Severo (22).

5.° Come si è già accennato, *l' actio vi bonorum raptorum*, secondo l'Editto di Lucullo può incontrarsi anche nei danneggiamenti con pena del quadruplo, allorchè questi sono stati commessi da una moltitudine di genti riunite (23).

6.° Probabilmente pel medesimo Editto un' azione pel risarcimento del doppio valore ha luogo contro colui che in un tumulto, *turba*, abbia dolosamente cagionato danno o abbia dato occasione che altri lo arrecasse, senza por mente se egli medesimo abbia promosso il tumulto o no (24). Egualmente che l'*actio vi bonorum raptorum* quest' azione dopo il corso di un anno si dà soltanto pel semplice risarcimento (25), e non ha luogo contro gli eredi del colpevole (26).

7.° Chi rompe un argine disposto a riparare o a contenere una inondazione, o taglia gli alberi che servono a rafforzar questo argine, va soggetto, secondo le circostanze, ad una proporzionata pena criminale, il che in vero fu espressamente disposto solo per l'Egitto, ma si può bene anche generalmente applicare (27).

4) Delitti per rapporto al seppellimento dei morti ed ai sepolcri.

§ 289. Parecchie obbligazioni delittuali introdotte nell'Editto del Pretore stanno in relazione col costume Romano di non interrare i morti semplicemente in un certo luogo destinato ai sepolcri, col principio che il luogo, dov' è interrato un cadavere, sia *locus religiosus*, e colle particolari idee dei Romani sopra i luoghi religiosi.

1.° Se alcuno ha seppellito un morto nel suolo altrui, il proprietario per verità non può di sua autorità rimuoverlo per togliere al luogo la qualità di religioso (1); ma l'Editto del Pretore ha data per questo un' *actio perpetua in factum* al proprietario del suolo ed ai possessori di dritti reali sul medesimo, come pure ai loro eredi contro l'autore e gli eredi di costui, affinchè tolgano via il morto, o paghino il valore

(22) Collat. XII. c. 2. § 2. e. 7. § 4-6.; Paul. S. R. V. 20. § 3.

(23) V. sopra § 286. Nota 17-31.

(24) L. 4. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.); Paul. S. R. V. 3. § 1.

(25) L. 4. § 8. 11. D. *eod.*

(26) L. 2. § 27. L. 4. § 16. D. *eod.*

(27) L. 10. D. *de extraord. crim.* (47. 11.)

(1) L. 8. pr. D. *de religiosis* (11. 7.)

del suolo (2). Soltanto è mestieri che l'attore dimostri un dritto effettivo sul suolo e non già una semplice *bonae fidei possessio* (3). Se il morto è stato dolosamente interrato in *loco publico*, allora può aver luogo anche una pena contro l'autore (4).

2.° Se alcuno o maliziosamente o di buona fede vende ad altri un *locus religiosus* come *locus purus*, la qual vendita è nulla, l'Editto dà contro di lui un'*actio in factum* pel ristoro del danno, la quale ha luogo eziandio contro gli eredi (5).

3.° Se alcuno che usa legittimamente del suo dritto viene per via di fatto impedito dal seppellire un morto, allora egli ha non solamente 1) l'interdetto proibitorio *de mortuo inferendo* per far cessare la turbativa (6), ma anche 2) un'*actio in factum* pel risarcimento di tutto il suo interesse, la quale però contro le ordinarie regole non passa nè agli eredi del turbato nè contro gli eredi dell'autore della turbativa (7), e 3) se l'impedimento proviene da un creditore del morto, questi secondo una disposizione di Giustiniano perde anche il suo credito (8).

4.° Del pari se alcuno sia impedito di costruire di compiere o di migliorare un sepolcro, dove egli ha la facoltà di seppellire un morto, ha l'interdetto proibitorio *de sepulchro aedificando* diretto a vietare le molestie (9).

5.° La violazione di sepolcri e di monumenti sepolcrali per verità non può servire a fondamento dell'*actio legis Aquiliae*, imperocchè su queste cose non si ha alcun dritto di proprietà (10), ma invece si da nell'Editto (11) l'azione infamante *sepulchri violati*, la quale nondimeno presuppone il dolo dell'autore (12), e non può esser promossa nè dagli eredi nè contro gli eredi (13). Quest'azione per regola appartiene in prima a coloro che hanno dritto al sepolcro, cioè a colui che lo ha edificato ed ai suoi posteri, sia che questi abbiano ereditato da lui o

(2) L. 2. § 1-3. L. 7. pr. L. 8. § 4. D. *eod.* L. 6. § 6. D. *comm. div.* (10. 3.)
(3) L. 2. § 1. D. *eod.*
(4) L. 8. § 2. D. *eod.*
(5) L. 8. § 1. D. *eod.* L. 1. C. *de sepulchro viol.* (9. 19.)
(6) L. 1. pr. § 1-4. L. 3. § 1. D. *de mortuo infer.* (11. 8.) L. 8. § 5. L. 9. L. 43. D. *de relig.* (11. 7.)
(7) L. 8. § 5. L. 5. L. 9. D. *eod.*
(8) L. 6. C. *de sepulchro viol.* (9. 19.)
(9) L. 1. § 5-10. L. 5. pr. D. *de mortuo infer.* (11. 8.)
(10) L. 2. D. *de sepulchro viol.* (47. 12.)
(11) L. 1. D. *eod.*
(12) L. 3. pr. § 1. D. *eod.*
(13) L. 6. L. 10. D. *eod.* L. 20. § 5. D. *de adq. her.* (29. 2.)

no (14), ed allora l'azione tende all' interesse (15). Ma in difetto di tali persone, o quando esse non vogliono agire, l'azione diviene un'*actio popularis*, che porta la pena di cento *solidi* (16), e se dolosamente siasi usato di un sepolcro per abitazione, allora può sempre ognuno agire per una pena di dugento *solidi* (17). Lo spogliamento e la profanazione dei cadaveri deve inoltre punirsi criminalmente (18), e secondo alcune costituzioni, spezialmente di Costantino e dei seguenti Imperadori anche parecchie violazioni dei sepolcri, segnatamente la demolizione dei medesimi, per adoperarne i materiali ad altro scopo, son punite di pena criminale (19).

3) Delitti relativi all'amministrazione della giustizia.

§ 290. Una moltitudine di delitti che obbligano al risarcimento del danno, o anche al pagamento di una pena privata sta in relazione con l'amministrazione della giustizia.

1.° *Delitti del giudice*. S'intende da sè che un giudice, il quale nell'esercizio del suo uffizio si rende colpevole di delitti comuni di qualsiasi spezie, è per essi risponsabile come qualunque altro (1). Sotto questo rapporto non si trova altra limitazione, se non il principio Romano, che i magistrati superiori non poteano esser tratti innanzi alla giustizia, se non dopo il termine del loro uffizio (2). Ma i delitti speciali dei giudici sono: 1) allorchè i magistrati, che sono incaricati di provvedere alle tutele, trascurano il loro debito, nel qual caso son responsabili dei danni che ne provengono (3), 2) allorchè il giudice adito per la prestazione di una *cautio damni infecti* ha trascurato di provvedere alla prestazione della cauzione, nel qual caso ha luogo un'azione per l'interesse, così contro di lui come contro i suoi eredi (4). 3)

(14) L. 3. pr. § 9. 10. D. *de sepulchro viol.* (47. 12.) Confr. coi testi citati nella Nota 13.

(15) L. 3. pr. § 8. 9. D. *eod.*

(16) L. 3. pr. § 10. 12. D. *eod.*

(17) L. 3. pr. § 8. D. *eod.*

(18) L. 3. § 7. L. 11. D. *eod.*

(19) Paul. S. R. I. 21. § 4-9. ; L. 2-5. C. *eod.* (9. 19.) ; L. 1-7. C. Th. *eod.* (9. 17.)

(1) L. 3. § 1. D. *quod. met. causa* (4. 3.) L. 29. § 7. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 12. L. 13. D. *de periculo* (18. 6.) L. 32. D. *de injur.* (47. 10.)

(2) L. 32. D. cit. Confr. la mia St. § 27. Nota 5.

(3) V. sopra § 148. n. III.

(4) L. 4. § 7-10. D. *de damno infecto* (39. 2.)

allorchè un giudice per dolo o colpa lata ha ingiustamente giudicato, a dinotar la qual cosa si trova l'espressione tecnica: *judex litem suam fecit*. Per questo motivo egli può esser convenuto dalla parte lesa, pel valore dell'oggetto della lite (5); ma i suoi eredi non ne sono responsabili (6); e questa sua obbligazione per un certo riguardo viene indicata come una semplice *obligatio quasi ex maleficio* (7). Originariamente questo dritto di azione davasi senza dubbio solamente contro del *judex privatus*, ma secondo il dritto Romano più nuovo è da estendersi eziandio ai pubblici magistrati, allorchè essi medesimi decidono (8); d'altra parte anche in tal caso ciò non ha applicazione se non per le ingiuste sentenze (9).

2.° *Delitti contro il potere giudiziario:* 1) ogni giudice, ad eccezione dei magistrati municipali, ha contro ogni parte, che gli ricusa obbedienza, un'azione pretoria annuale pel valore dell'oggetto della lite come pena, ma questa come azione penale non passa contro gli eredi, e si prescrive in un anno (10). 2) Contro colui che corrompe dolosamente o toglie via gli Editti, nei quali son pubblicate le regole di dritto, e non già semplicemente le altre notificazioni delle autorità, ha luogo un'azione popolare, *actio de albo corrupto* portante una pena di cinquecento *solidi* (11).

3.° *Delitti contro una parte in giudizio.* 1) Chi senza una precedente licenza del magistrato trae in giudizio i suoi genitori o *patroni*, è soggetto ad un'azione pretoria annuale portante una pena di cinquan-

(5) L. 15. § 1. D. *de judic.* (5. 1.) L. 2. C. *de poena judicis.* (7. 49.)

(6) L. 16. D. *eod.*

(7) Pr. J. *de obl. quae quasi ex mal.* (4. 5.) L. 5. § 4. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 6. D. *de extraord. cogn.* (50. 13.)

(8) L. 2. C. *de poena jud.* (7. 49.) L. 29. C. *de pactis* (2. 3.)

(9) L'indicazione moderna di quest'azione come azione di sindacato, e l'estensione della medesima a tutti gli errori del giudice commessi per dolo o per colpa nella giurisdizione tanto volontaria quanto contenziosa probabilmente ha avuto origine dalla consuetudine che eravi nel medio evo in Italia di stabilire, quando i pubblici uffiziali cessavano dagl' impieghi, alcuni commissarii sotto il nome di *Syndici*, innanzi ai quali ciascuno poteva fare le sue doglianze contro il pubblico uffiziale, la qual cosa secondo una lettera del *Niebuhr* è tuttavia in uso in alcuni luoghi.

(10) L. un. D. *si quis jus dicenti non obtemperav.* (2. 3.) Confr. *Gluk* Sistema delle Pand. vol. III. § 217. Secondo l'oscuro § 1. della L. un. D. cit. pare certamente che non ogni repugnanza dava luogo a quest' azione, ma l'ammettersi anche contro l'attore secondo il § 3. impedisce parimente che essa si restringa semplicemente alla resistenza contro l'esecuzione, come i più degli interpetri espongono.

(11) L. 7. L. 8. L. 9. D. *de jurisd.* (2. 1.)

ta solidi (12). 2) Una egual pena può richiedersi allorchè alcuno, essendo in lite con prossimi parenti o col suo *patrono*, nella prestazione delle sicurtà giudiziali non vuole accettare chicchessia come fidejussore, al che egli qui è tenuto (13). 3) Se un convenuto tratto innanzi al Tribunale *in jus vocatus* venga per violenza sottratto all'attore, costui può convenire l'autore di tal fatto pel valore dell'oggetto della lite, ma soltanto fra il termine di un anno (14). 4) Se ad un convenuto, il quale abbia prestato la *cautio judicio sisti*, alcuno dolosamente impedisca di comparire nel termine stabilito, per verità non si può domandare contro di lui se non un risarcimento del danno, nondimeno non solo il convenuto può, secondo l'Editto del Pretore, domandare il ristoro del suo interesse (15), ma il può eziandio l'attore (16). 5) Se alcuno riceva del danaro o altra cosa valutabile per fare una ingiusta lite, o per desisterne, il suo avversario ha contro di lui l'*actio de calumnia* introdotta nell'Editto, la quale fra il termine di un anno tende al quadruplo, ma dopo, al solo semplice ammontare di ciò che s'è ricevuto (17), e questa certamente non può esser promossa dagli eredi, ma può sibbene intentarsi contro gli eredi, in quanto se ne siano arricchiti (18). Allorchè si è ricevuto un pagamento per astenersi da una lite ingiusta, oltre a ciò anche a colui che ha dato compete la *condictio ob turpem causam* (19). Secondo il dritto antico l'*actio de calumnia*, prescindendo da un pagamento ricevuto, era anche ammessa dopo terminata la lite, allorchè il vincitore potea provare all'altro di aver litigato contro coscienza, nel qual caso, trattandosi di azioni tendeva al 1/10, e trattandosi di interdetti al 1/4 dell'oggetto della lite (20). Quest'applicazione dell'azione per verità in generale andò in disuso (21); nondimeno Giustiniano permise nuovamente che il convenuto, il quale fosse assoluto, allorchè poteva provare che l'azione fu cavillosa, invece del risarcimento delle spese potesse richiedere un 1/10 del valore dell'og-

(12) L. 6-8. L. 22-25. D. *de in jus. voc.* (2. 4.)

(13) L. 1-3. D. *in jus vocati ut eant* (2. 6.)

(14) L. 1. pr. L. 3. § 2. L. 4. L. 5. L. 6. D. *si quis eum qui in jus vocatur vi eximat.* (2. 7.)

(15) L. 1. L. 2. D. *de eo per quem factum erit quo minus quis in judiciis sistat.* (2. 10.)

(16) L. 3. D. *eod:*

(17) L. 1-3. L. 5. § 1. L. 6-8. D. *de calumniator.* (3. 6.)

(18) L. 4. L. 5. pr. D. *eod.*

(19) L. 3. § 3. L. 5. § 1. L. 7. pr. D. *eod.*

(20) Caj. IV. 175. 176, 178.: Consultat vet. Icti § VI.

(21) § 1. J. *de poena tem. litig.* (4. 16.)

;etto della lite (22). Nel dritto Romano più antico incontrasi eziandio in contrarium judicium, che il vincitore della lite, solo però in alcuni leterminati casi, poteva intentare contro il soccumbente, senza aver iguardo se questi avesse litigato in buona o in mala fede, e questo udicium per regola tendeva ad un 1/5, ma nell' *actio injuriarum* ad m 1/10 dell'oggetto della lite (23); nondimeno anche ciò ben presto ndò in disuso (24).

C. Altri delitti

§ 291. Sonovi ancora alcune particolari obbligazioni delittuali, che i possono qui riunire:

,° L' *Actio de servo corrupto*. Quando alcuno dolosamente induce uno :hiavo altrui a malvage azioni, o lo nasconde, allorchè questo si fugge a (1), il padrone ha contro colui per l'Editto del Pretore un'azione pel ›ppio ammontare del suo interesse. (2) Quest'azione, che è un *actio* :*rpetua*, ed è tenuta come interamente penale, per la qual ragione non ıssa contro gli eredi (3), può anche da un comproprietario intentarsi ntro l'altro (4), anzi *utiliter* anche dall'usufruttuario contro il proietario (5). Inoltre essa è anche *utiliter* conceduta al padre per la duzione o occultamento dei suoi figliuoli (6).

2.° L'*actio in factum contra mensores*. Gli agrimensori ed altri che ercitano la professione di misurare e valutare, son tenuti a ristoradanno cagionato per la ingiusta misura o valutazione, al qual fine l'Ettto del Pretore dava contro di essi un'*actio in factum* (7). Nondimeno est'azione presuppone un dolo o una colpa grave, anche quando si sia gata una mercede (8). A promuovere siffatta azione han dritto tutti loro, ai quali la falsa misura ha recato danno, come pure i loro eredi (9),

22) Nov. 112. c. 2.
23) Caj. IV. 174-179.
24) Può essere che non si trovi altra menzione del *judicium contrarium* posteriore a lla che trovasi in Cajo.
1) L. 1-5. D. *de servo corrupto* (11. 3.)
2) L. 1. pr. L. 5. § 2. L. 9. § 2. 3. L. 10. L. 14. § 5. D. *eod.* § 8. J. *de obl. ue ex del.* (4. 1.) § 23. J. *de action.* (4. 6.)
3) L. 13. pr. D. *de servo corrupto* (11. 3.)
4) L. 9. pr. D. *eod.*
5) L. 9. § 1. L. 14. § 3. D. *eod.*
6) L. 15. § 1. D. *eod.*
7) L. 1. pr. L. 5. § 2. L. 6. L. 7. D. *si mensor fals. mod. dix.* (11. 6.)
8) L. 1. § 1. D. *eod.*
9) L. 3. § 1-5. D. *eod.*

ed essa dura 30 anni da computarsi dal tempo che la misura è cominciata (10). Se sono più i colpevoli, son tenuti solidalmente (11), ma non già gli eredi (12).

3.° *L'actio viae receptae*. Sebbene i proprietarii limitrofi ad una via pubblica, allorchè questa è impraticabile, debbano non solo soffrire il passaggio sulle loro terre, ma dare eziandio il suolo necessario per la sua riparazione (13), nondimeno non si dee toglier loro alcuna parte del suolo senza un compenso, per la qual ragione compete ad essi un'azione per risarcimento di danni contro colui, che ha costruita una via pubblica sopra un fondo adjacente (14).

4.° L'*actio de concussione*. Colui che per concussione, cioè per minaccia d'ingiuste liti o di altri procedimenti giudiziarii si è lasciato condurre a dar qualche cosa per evitar questi procedimenti, non può veramente intentare l'*actio quod metus causa*, giacchè il timore cagionato da simili minacce non si può riguardare come un giusto timore, ma nondimeno può richiedere ciò che ha dato, ed oltre a questo può anche aver luogo una punizione criminale della concussione, segnatamente per la minaccia di un'ingiusta accusa (15).

5.° L'*interdictum de migrando*. Quest'interdetto compete a colui che ha tolto a pigione una casa, ed *utiliter* anche a colui che l'abita gratuitamente (16), allorchè il locatore o il padrone della casa ingiustamente impedisce di trasportar via le cose dalla sua casa, poco importando se queste cose appartengano all'inquilino medesimo o ad altri (17). La ritenzione poi è ingiusta allorchè 1) o il padrone della casa non ha nulla a richiedere per l'abitazione, nè pigione nè risarcimento di danni (18), 2) o le cose non gli sono state oppignorate nè espressamente nè tacitamente (19). Nel che è da por mente che un dritto di pegno legale qui non ha luogo, se non per le sole case date in affitto, e per le sole cose, che appartengono all'inquilino medesimo, e che egli ha introdotte nella casa per lo scopo di un uso permanente (20). Que-

(10) L. 4. D. *eod.*
(11) L. 3. pr. D. *eod.*
(12) L. 3. § 5. D. *eod.*
(13) Cic. pro Caecina c. 18.; L. 14. § 1. D. *quemadm. serv. am.* (8. 6.)
(14) L. 3. pr. D. *de via publ.* (43. 11.)
(15) L. 1. L. 2. D. *de concuss.* (47. 13.) L. 8. D. *de calumniator.* (3. 6.). Confr. tit. C. Th. *de concuss. advocatorum* (8. 10.)
(16) L. 1. § 1. 3. D. *de migrando* (43. 32.)
(17) L. 1. § 5. L. 2. D. *eod.*
(18) L. 1. pr. § 1. 4. D. *eod.*
(19) L. 1. pr. § 5. D. *eod.*
(20) L. 1. § 5. D. *eod.* Confr. con L. 4. pr. D. *de pactis* (2. 14.) L. 2. L. 4. pr. L. 5. pr. L. 6. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.)

st'interdetto, che tende al divieto della ritenzione, ed al ristoro del danno provenutone, passa attivamente e passivamente agli eredi, e non si prescrive che in 30 anni (21).

6.° L'*interdictum de libero homine exhibendo*. Se alcuno ritiene un uomo libero ingiustamente e dolosamente preso, ciascuno può con questo interdetto agir contro di lui, affinchè conduca quell' uomo innanzi al Giudice, e per conseguenza lo rimetta in libertà (22). Anche gl'impuberi e le donne hanno facoltà di promuover quest' interdetto riguardo ai loro prossimi parenti (23). Se il convenuto non si lasci trovare, si dà all'attore l'immissione nel possesso dei beni di lui (24); ma se la presentazione dell'uomo ritenuto, non viene effettuata, allora il convenuto dee pagar l'interesse che l'attore afferma col suo *juramentum in litem*, il che nondimeno non impedisce che altri agiscano di nuovo (25). Intanto è ammessa l'eccezione di una lecita detenzione, ove la potestà paterna, il riscatto di un prigione dalle mani dei nemici, ed altre ragioni giustifichino la ritenzione (26). Questo interdetto dura 30 anni (27).

II. *Obligationes quasi ex maleficio*.

§ 292. Prescindendo dalla obbligazione del risarcimento del *judex litem suam faciens*, che più esattamente viene annoverata tra le proprie obbligazioni delittuali (1), si possono quì allogare solo le seguenti *obligationes quasi ex maleficio*, che per la massima parte hanno origine dall'Editto.

1.° La più antica obbligazione di siffatta spezie riguarda la *pauperies*, per la quale intendesi un danno non imputabile, ed in ispezialtà un danno arrecato da un animale (2). Nelle dodici Tavole allorchè la *pauperies* proviene da animali domestici (3), si da contro il proprietario l'*actio de pauperie*, la quale per verità in origine avea luogo sol-

(21) L. 1. pr. § 6. D. *de migrando* (4. 32.)
(22) L. 1. L. 3. § 1. 8. 9. L. 4. pr. § 2. D. *de lib. hom. exhib.* (43. 29.) L. 13. *ad exhib.* (10. 4.)
(23) L. 3. § 11. D. *de lib. hom. exhib.* (43. 29.)
(24) L. 3. § 14. D. *eod.*
(25) L. 3. § 13. D. *eod.* Confr. con L. 3. § 2. D. *ad exhib.* (10. 4.)
(26) L. 3. § 2-7. L. 4. § 1. D. *de lib. hom. exhib.* (43. 29.) L. 1. § 2. D. *de lib. exhib.* (43. 30.) Confr. § 126. seg.
(27) L. 3. § 15. D. *de lib. hom. exhib.* (43. 29.)
(1) V. sopra § 290. Nota 4-9.
(2) L. 1. § 3. D. *si quadrupes* (9. 1.) pr. J. *eod.* (4. 9.)
(3) L. 1. § 10. D. *eod.* pr. J. *eod.*

tanto pei quadrupedi (4), ma più tardi fu data *utiliter* anche per gli altri animali domestici (5). Intanto qui si presuppone 1) che niuno abbia incitato l'animale, o abbia in altra guisa data occasione al danno, altrimenti il danneggiato può rivolgersi contro il colpevole con l'*actio legis Aquiliae*, o altra azione che ne provenga (6); 2) che il danneggiato non sia egli medesimo in colpa (7); e 3) che l'animale abbia recato danno non semplicemente *secundum naturam sui generis*, cioè con quegli atti, che esso conformemente al suo istinto naturale, fa da per tutto, ove gli è possibile, ma *contra naturam sui generis*, per individuale sfrenatezza o malignità, e per conseguenza con atti, che questa specie di animali non è in uso di fare, se non che quando è incitata (8). Quest'azione, la quale è un'*actio perpetua* compete a chiunque abbia patito il danno, come pure ai suoi eredi (9), e tende solo al risarcimento del danno (10); ma appartiene alle azioni nossali (11). Nondimeno cessa per pena la *noxae datio* allorchè il convenuto falsamente ha negato la proprietà dell'animale (12).

2.° La regola, che il proprietario non è responsabile per quei danni, che il suo animale ha prodotti secondo il suo istinto di natura, va soggetta ad una importante eccezione, allorchè l'animale di alcuno ha pascolato sopra un fondo altrui, nel qual caso può intentarsi l'azione *de pastu* parimente introdotta nelle dodici Tavole, tendente al risarcimento o alla *noxae datio* (13), senza che però possa per sicurezza ritenersi l'animale in pegno (14).

(4) L. 1. pr. D. *eod.* pr. J. *eod. Zimmern* Sistema delle azioni noxali § 4-33.
(5) L. 4. D. *eod.*
(6) L. 1. § 5. 6. 7. 8. D. *eod.*
(7) L. 2. § 1. D. *eod.*; Paul. S. R. I. 15. § 3.; L. 203. D. *de R. J.* (50. 17.)
(8) L. 1. § 4. 7. 11. 5. D. *si quadrupes* (9. 1.) pr. J. *eod.*
(9) L. 1. § 17. L. 2. pr. D. *eod.*
(10) L. 1. pr. L. 3. D. *eod.*; Paul. S. R. I. 15. § 1.
(11) L. 1. § 12-16. D. *eod.* pr. J. *eod.*
(12) L. 1. § 15. D. *eod.*
(13) L. 14. § 3. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 39. § 1. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.); Paul. I. 15. § 1. L'opinione di *Glück* Sistema delle Pand. vol. X. p. 275. seg., e di altri che qui s'intenda soltanto l'antica *actio in duplum*, di cui fa menzione Plinio H. N. XXVIII. 2, data a cagione di aver menato a pascolo gli animali sulle terre altrui, non può essere esatta; imperocchè questa, siccome riguardava un *damnum injuria datum*, era stata rivocata per la *lex Aquilia* L. 1. pr. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.). I testi citati parlano in termini generali, senza far punto menzione del cacciare gli animali a pascolare su i fondi altrui, ed ancora l'*actio de pastu* non avrebbe alcun'importanza quando presupponesse che gli animali fossero stati menati a bella posta, giacchè allora può aver luogo l'azione più utile *actio legis Aquiliae* L. 6. C. *eod.* (3. 35.)
(14) L. 39. § 1. D. *eod.*

3.° Qui si rannoda un Editto degli Edili Curuli, secondo il quale, se alcuno tenga senza sufficiente custodia in un luogo, ove si ha libero passaggio, *ubi vulgo iter fit*, un animale feroce ovvero dei cani, e questi abbiano fatto danno, si dà contro di lui un'azione, nella quale non si ammette la *noxae datio*. Per regola quest'azione compete soltanto a chi patisce danno o a' suoi eredi, e se trattasi di lesione della persona dell'attore, tende ad un proporzionato compenso, ma se trattasi di danneggiamento di cose, tende al doppio del valore. Che se poi sia rimasto ucciso un uomo libero, allora l'azione diviene un'*actio popularis* portante la pena di dugento *solidi* (15). Contro coloro che mostrano dei serpenti si ammette eziandio quest'azione, se alcuno per timore di essi abbia riportato danno (16). I casi seguenti appartengono tutti quanti all'Editto del Pretore:

4.° Se in un luogo ove è libero il passaggio, *ubi vulgo iter fit* (17), sia versata o gittata da una casa qualche cosa, e ne sia seguita qualche lesione, senza riguardare chi abbia ciò fatto, si dà luogo all'*actio de effusis et dejectis* contro chi abita la casa o quella parte di essa, da cui le cose si son versate o gittate, e se vi sono più abitanti, essa si può dirigere contro di tutti *in solidum* (18); nondimeno i loro eredi non sono qui responsabili (19). Per contrario quest'azione si dà *utiliter* anche per le cose gittate o versate da un bastimento, contro il padrone del medesimo (20). Nel resto è da fare la seguente distinzione: pei danni cagionati l'azione, che allora è un'*actio perpetua*, compete solo al danneggiato e suoi eredi, e per riguardo al danno delle cose tende al doppio valore, ma per riguardo alla lesione d'una persona, ad un giusto compenso (21). Ma in caso di uccisione d'un uomo libero l'azione diviene un'*actio popularis*, imperocchè allora può essere intentata da ciascuno per una pena di cinquanta *solidi*, ma solo entro il termine di un anno (22).

5.° Allorchè in un luogo, dov'è libero passaggio, una cosa sia posta o

(15) L. 40-42. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) § 1. J. *de pauper.* (4. 9.) L. 1. § 5. 6. 10. D. *eod.* (9. 1.); Paul. S. R. I. 15. § 2.
(16) L. 11. D. *de extraord. crim.* (47. 11.)
(17) L. 1. pr. § 2. L. 6 pr. § 1. D. *de his qui effud. vel. dejec.* (9. 3.)
(18) L. 1. pr. § 4. 9. 10. L. 2. L. 3. L. 4. L. 5. pr. § 1-4. L. 6. § 2. D. *eod.* L. 5. § 5 D. *de O. et A.* (44. 7.) § 1. 2. J. *de obl. quae quasi ex malef.* (4. 5.)
(19) L. 5. § 5. D. *de his qui effud.* (9. 3.)
(20) L. 6. § 3. D. *eod.*
(21) L. 1. pr. § 4. 5. L. 7. D. *eod.*
(22) L. 1. pr. § 5. L. 5. § 5. D. *eod.*

sospesa sopra un edifizio in maniera, che possa cader giù e mettere in pericolo coloro che passano, compete contro il proprietario o altro abitante della casa l'*actio de positis et suspensis*, azione popolare portante la pena di dieci *solidi*, la quale nondimeno non si ammette, che fra il termine di un anno e non passa contro gli eredi di quelle persone (23). Se pel cadere delle cose ne sia già risultato un danno, allora quest'azione si può intentare *utiliter* anche pel risarcimento, ma dal solo danneggiato, e soltanto contro colui che avea posta o sospesa la cosa (24).

6.° I battellieri, albergatori, o padroni di stalle, che fan professione di trasportare o albergare i viandanti, ma non già anche gli altri battellieri ed osti (25), son responsabili per le cose dei viaggiatori da essi ricevute, e però debbono risarcire i danni provenuti, a qual fine si dà contro di loro *l'actio in factum de receptis* (26), azione perpetua, la quale si dà eziandio contro gli eredi, e tende al pieno interesse (27). È poi indifferente se il viandante sia stato ricevuto gratuitamente o per mercede (28), come pure se le cose introdotte appartengano a lui medesimo o no (29). Questi, oltre al dover provare la perdita o il danno delle cose, e la quantità del danno patito, non ha a provar altro se non che le cose furono consegnate al battelliere o albergatore, ovvero alla sua gente, oppure che con sua saputa e volontà furono introdotte nel bastimento o nell'albergo (30); ma non ha mestieri di provare eziandio che il convenuto abbia colpa nel danno, imperocchè ciò non monta (31). Non per tanto il convenuto può liberarsi dal risarcimento provando che il viaggiatore medesimo abbia per sua colpa data occasione al danno (32), o che questo sia provenuto da un avvenimento fortuito inevitabile (33), o che egli nel ricever le cose abbia protestato contro la responsabilità, ed il viaggiatore vi abbia condisceso (34). Se vien provato che il danno è provenuto dalla gente del battelliere o

(23) L. 5. § 6-13. D. *eod.* L. 5. § 5. D. *de O. et A.* (44. 7.) § 1. 2. J. *de obl. quae quasi ex malef.* (4. 5.)
(24) L. 5. § 12. D. *de his qui effud. vel dejec.* (9. 3.)
(25) L. 1. § 2. 4. 5. D. *naut. caup. stab.* (4. 9.
(26) L. 1. pr. § 1. 3. 6. L. 3. 1. § D. *eod.*
(27) L. 3. § 4. D. *eod.*
(28) L. 6. pr. D. *eod.*
(29) L. 1. § 7. D. *eod.*
(30) L. 1. § 3. 8. L. 2. L. 3. pr. § 3. D. *eod.*
(31) L. 1. pr. § 1. L. 3. § 1. D. *eod.*
(32) L. 203. D. *de R. J.* (50. 17.)
(33) L. 3. § 1. D. *naut. caup. stab.* (4. 9.) L. 2. C. *de naufrag.* (11. 5.)
(34) L. 7. pr. D. *eod.*

dell'oste, alla quale sono da annoverare anche quelli che abitano abitualmente nell'albergo, e quei tali passaggieri che scontano mediante i loro servigi il prezzo di vettura (35), allora compete al viandante *l'actio furti adversus nautas*, la quale per verità tende al pagamento del doppio valore, ma non si può intentare anche contro gli eredi del battelliere o dell'albergatore (36). Siccome questi principi son singolari deviazioni dalla regola, che ciascuno non è responsabile se non pei danni cagionati da lui, così non possono estendersi per analogia (37), e del pari non sono applicabili, allorchè un viandante nell'uscire dal bastimento o dall'albergo lascia in custodia qualche cosa, imperocchè l'accettazione di siffatti depositi non appartiene al mestiere de' battellieri o albergatori, ed essi non sono responsabili se non per quei negozi che al loro mestiere si riferiscono (38).

7.° Coloro che prendono ad appalto le pubbliche entrate, *publicani* (39) sono nella stessa guisa responsabili per la loro *familia*, cioè per la gente, di cui pel loro negozio si servono, liberi o schiavi che sieno, ed in quest'ultimo caso tanto se sieno proprii schiavi, quanto se appartengano ad altri (40). Certamente pei delitti di siffatte persone possono secondo le ordinarie regole anche aver luogo le azioni delittuali che ne risultano (41); ma se la *familia publicani* abbia predato, involato, o estorto qualche cosa, ovvero abbia commesso danno, allora il pubblicano è tenuto sulla richiesta a presentare il colpevole (42), e se egli non può o non vuol così fare, i danneggiati e i loro eredi han contro di lui un *actio mixta* (43), la quale fra un anno tende al doppio del valore, ma dopo l'anno, al semplice risarcimento (44), e qui non ha luogo la *noxae datio* (45); non per tanto il convenuto può libe-

(35) L. 6. § 1. 2. D. *eod.* L. un. § 6. D. *furti adv. naut.* (47. 5.)

(36) L. 3. § 5. L. 7. pr. § 1. 6. D. *naut. caup. stab.* (4. 9.) L. un. D. *furti adv. naut.* (47. 5.) L. 5. § 6. D. *de O. et A.* (44. 7.) § 3. J. *de obl. quae quasi ex mal.* (4. 5.)

(37) *Muller* intorno all' *actio de recepto* nella sua applicazione all' attuale stabilimento delle poste. Lipsia 1835. 8.

(38) L. 3. § 2. D. *naut. caup. stab.* (4. 9.). Di altra opinione è *Gluk* sistema delle Pand. § 492.

(39) L. 16. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 1. § 1. L. 12. § 3. D. *de publican.* (39. 4.)

(40) L. 1. § 5. L. 12. § 2. D. *eod.*

(41) L. 1. § 4. D. *eod.*

(42) L. 1. pr. § 6. L. 2. L. 3. pr. § 2. L. 12. § 1. D. *eod.*

(43) L. 5. § 1. D. *eod.*

(44) L. 1. pr. § 2. 3. L. 3. pr. L. 5. § 1. L. 12. pr. § 1. L. 13. § 4. L. 16. § . D. *eod.*

(45) L. 1. § 6. L. 12. § 1. D. *eod.*

rarsi mediante la restituzione di ciò che s'è involato (46). Gli eredi del pubblicano son responsabili fino a concorrenza di quanto si sono arricchiti (47), e se son più pubblicani, in modo al tutto singolare, ciascuno, secondo un rescritto di Settimio Severo, non è tenuto che per una parte proporzionata (48).

(46) L. 1. § 4. L. 5. pr. D. *eod.*
(47) L. 4. pr. L. 16. § 13. D. *eod.*
(48) L. 3. § 1. L. 6. D. *eod.*

PARTE QUARTA

SEZIONE TERZA

DRITTO DI SUCCESSIONE

INTRODUZIONE

I. Nozione e natura giuridica degli acquisti universali (*)

§ 293. L'ultima parte del dritto relativo al patrimonio si compone della teorica degli acquisti universali, la quale non appartiene nè al dritto delle cose, nè al dritto delle obbligazioni, imperocchè essa abbraccia tutt'insieme gli elementi del patrimonio(1). Cioè, secondo che di già innanzi si è veduto(2), può aver luogo in una sola volta la trasmissione anche di tutto o di parte dell'intero patrimonio d'una persona, per modo che l'acquirente per un solo atto di acquisto entri, in tutto o in parte, nel luogo del precedente possessore, senza aver mestieri di una tradizione delle cose, o di una cessione dei crediti, e questo è ciò che dicesi acquisto universale *acquisitio s. successio per universitatem*, per contrapposto ai moltiplici acquisti dei singoli oggetti del patrimonio, *singularum rerum acquisitiones*. (3) Gli acquisti universali, i quali son sempre successioni, imperocchè non si può concepire un patrimonio senza un possessore, nel cui luogo un altro viene ad entrare, ri-

(*) *Schoanert* Enumeratio per universitatem successionum, quae extant in jure Rom. praeter hereditatem et bonorum possessionem. Gött. 1846. 4.

(1) Nelle istituzioni di Cajo e di Giustiniano il dritto ereditario è ragionevolmente collocato nel dritto del patrimonio, *jus quod pertinet ad res*, ma sconvenevolmente poi è stato posto tra il dritto delle cose ed il dritto delle obbligazioni insieme con due altre teoriche, che parimente si rapportano a tutt'i dritti del patrimonio, cioè la teorica delle donazioni, e quella dell'acquisto per mezzo di altre persone.

(2) V. § 53.

(3) L. 1. § 13. D. *quod legator.* (43. 3.) L. 24. § 1. D. *de damno infecto* (39. 2.) L. 3. § 1. D. *de exc. rei vend. et trad.* (21.3.)

guardano o il patrimonio di una persona tuttora vivente, o ciò che è più comune, il patrimonio di un morto. Stanno come nel mezzo i casi, in cui alcuno per effetto di una *capitis diminutio maxima* o *media* muore civilmente; nondimeno essi vengono annoverati fra gli acquisti universali della prima specie. Per regola insieme col patrimonio passano nel successore anche i debiti. Ma una necessaria limitazione di tutte le successioni universali sta in ciò, che i dritti e le obbligazioni strettamente personali non possono esser separati dalla persona del primo possessore (4), il che nondimeno non esclude assolutamente che il successore possa esercitare de'dritti puramente personali, finchè vive il precedente possessore (5); e per rispetto ai debiti s'incontrano anche parecchie eccezioni dalla regola del passaggio dei medesimi nei successori universali (6). Oltre a ciò può anche qualche singola cosa staccarsi dal patrimonio, e deferirsi per qualche speciale cagione ad una persona diversa da colui che ottiene il tutto (7). Del rimanente sebbene la successione ereditaria non sia che uno dei molti acquisti universali, nondimeno la sua teorica è tanto più estesa, più importante, e più difficile di quella di tutti gli altri presi insieme, che dee parer conveniente che si tratti l'eredità come l'oggetto proprio di questa sezione, e che per gli altri acquisti universali si assegni loro il posto semplicemente nella introduzione.

II. *Singole successioni universali:*

1) Nel patrimonio di persone viventi:

A. Per pena.

§ 294. In più casi incontrasi per pena una successione universale nel patrimonio di una persona tuttora vivente:

(4) Caj. III. 83. § 1. J. *de perpet.* (4. 12.) L. 68. L. 196. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 13. pr. D. *de injur.* (47. 10.) L. 21. D. *de usu* (7. 8.) L. 3. L. 12. L. 14. C. *de usufr.* (3. 33.)

(5) Per quei dritti strettamente personali, il cui esercizio si può cedere ad altri, finchè vive colui al quale il dritto si appartiene, come accade dell' usufrutto (§ 182. Nota 9.), una successione universale tra vivi, p. es. la confisca, deve assomigliarsi ad una siffatta cessione. Ed ancora non vi è dubbio che l'arrogatore potesse con egual dritto esercitare l' usufrutto spettante all' arrogato, come il padre potea esercitar quello che il suo figliuolo acquistava.

(6) V. § 295. Nota 2. e § 357. n. I. 3.

(7) V. § 358. Nota 67-75.

1.° La più antica che a tal riguardo s'incontra è l'attribuzione di tutto o di una parte del patrimonio di una persona al Tesoro dello Stato, *publicatio s. proscriptio bonorum*, che al presente si suole addimandare confisca. La confisca, con cui va annesso l'obbligo di pagare i debiti (1), ma secondo un Editto Pretorio del tempo Imperiale soltanto fino all'ammontare del patrimonio confiscato (2), può essere specialmente pronunziata come pena in una sentenza (3); ma del pari che l'infamia anche essa parte è imposta immediatamente a certi delitti, e parte è annessa come una conseguenza accessoria a certe condanne. Viene attribuita fino a Romolo istesso una legge, che puniva della confisca della metà del patrimonio chiunque uccideva un suo figliuolo non giunto ancora all'età di tre anni (4), più tardi vi furono parecchi delitti che si traevano dietro la confisca (5), e sotto gl'imperadori divenne regola, che ogni condanna a morte, o alla perdita della libertà, o del dritto di cittadinanza producesse per effetto la confisca di tutto il patrimonio (6). Ma allorchè la confisca dipende da una condanna, questa debb'essere stata definitivamente pronunziata. Fino a questo punto l'accusato o quegli ch'è ritenuto in prigione, eccetto nei delitti di lesa Maestà, secondo un Rescritto di Adriano, conserva egli medesimo l'amministrazione del suo patrimonio (7), e se muore prima che la sentenza sia pronunziata, non ha più luogo la confisca (8), salvo il caso di suicidio, il quale si ritiene come confessione della colpa, se gli eredi non possano dimostrare qualche altra scusabile cagione (9). Soltanto, ciò che un accusato ha conseguito per mezzo appunto di quel delitto del quale è accusato, vien confiscato senza alcun riguardo alla specie della sua morte (10). Nella condanna a morte tutto

(1) L. 4. L. 10. pr. D. *de bon. damnat.* (48. 20.) L. 1. C. *de fidejussor.* (8. 41.) L. 2. C. *ad leg. Jul. de vi publ.* (9. 12.) L. 5. C. *de bon. proscript.* (9. 49.) Confr. anche L. 1. § 4. D. *quando de pecul. act. ann. sit.* (15. 2.) L. 6. § 1. *de usur.* (22. 1.) L. 47. pr. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(2) L. 8. § 3. D. *de bon. damn.* (48. 20.)

(3) L. 1. § 1. L. 11. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 8. § 1. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.)

(4) Dion. Hal. II. 15.

(5) Confr. Livii Epitome XIV.

(6) L. 1. pr. D. *de bon. damnat.* (48. 20.) L. 10. C. *de bon. proscr.* (9. 49.)

(7) L. 2. L. 11. § 1. D. *eod.* L. 46. § 6. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(8) L. 11. pr. D. *de bon. damn.* (48. 20.) L. 2. § 1. D. *de bon. eor. qui ante sent.* (48. 21.)

(9) L. 2. pr. L. 3. D. *eod.* Paul. S. R. V. 12. § 1.

(10) L. 7. § 4. D. *de bon. damn.* L. 9. (48. 20.) L. 9. D. *de jure fisci* (49. 14.)

ciò che si è acquistato dopo la condanna, si deferisce agli eredi (11), mentre in altri casi l'acquisto posteriore rimane allo stesso condannato (12), eccetto solo nella deportazione, in cui il Fisco ottiene gli acquisti anche posteriori (13). In generale la confisca si estende solo a ciò che si avea al tempo della condanna, il perchè restano anche in vigore le precedenti alienazioni (14), colla sola eccezione, che le donazioni a causa di morte possono sempre essere annullate (15), e le alienazioni avvenute dopo commesso il delitto che ha prodotto la confisca, possono parimente annullarsi almeno quando il colpevole abbia donato o alienato manifestamente per frode *in fraudem fisci* (16). Anzi in alcune circostanze parecchie cose debbonsi dedurre dal patrimonio da confiscarsi. Imperocchè 1) secondo una disposizione dell'Imperadore Claudio i figliuoli del delinquente ritengono il peculio che loro fu dato (17). 2) Allorchè un *filius familias* commette un delitto, al quale va annessa la confisca, il padre, secondo una disposizione di Alessandro Severo, può ritenere il peculio castrense e quasi castrense (18). 3) Inoltre la dote di una figliuola va sempre esclusa dalla confisca (19). 4) Se il patrimonio di una moglie vien confiscato per un delitto inferiore all'alto tradimento, all'omicidio, o alla violenza pubblica, il marito ritiene la dote (20). 5) Dall'altro lato anche la moglie di un delinquente conserva la sua dote (21). Costantino avea esteso ciò a tutte le donazioni fattele dal marito (22), ma Giustiniano invece, allorchè non eravi una dote le concedè un quarto del patrimonio confiscato del marito (23). Ben per tempo venne anche in voga il costume di lasciare ai figliuoli una parte del patrimonio (24), presupposto che la confisca senza di ciò non sarebbe ca-

(11) L. 7. § 5. D. *de bonis damnat.* (48. 20.)
(12) L. 22. § 5. D. *mandati* (17. 1.)
(13) L. 2. C. *de bon. proscript.* (9. 49.)
(14) L. 41. L. 42. D. *de solut.* (46. 3.) L. 11. § 1. D. *de bon. damn.* (48. 20.) L. 46. § 6. D. *de jure fisci* (49. 14.)
(15) L. 7. D. *de mort. caus. don.* (39. 6.)
(16) L. 15. D. *de donat.* (39. 5.) L. 9. L. 11. § 1. D. *de bon. damn.* (48. 20.) L. 45. pr. D. *de jure fisci* (49. 14.)
(17) L. 3. § 4. *in fine* D. *de minor.* (4. 4.)
(18) L. 3. C. *de bon. proscr.* (9. 49.)
(19) L. 6. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 42. pr. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 8. § 4. L. 10. § 1. D. *de bon. damn.* (48. 20.)
(20) L. 3-5. D. *eod.*
(21) L. 2. § 1. D. *de fundo dot.* (23. 5.)
(22) L. 1. C. Th. *de bon. proscr.* (9. 42.)
(23) Nov. 117. c. 5. Nov. 134. c. 13.
(24) L. 7. pr. D. *de bon. damn.* (48. 20.)

ita sopra una sola quota (25). Questa porzione lasciata ai figliuoli fu, per lungo tempo un 1/4 (26). Ma le regole intorno a questo punto furono più volte modificate da Costantino, eda' posteriori Imperadori (27). Giustiniano in fine dispose che quando vi sono discendenti o ascendenti fino al terzo grado, costoro, eccetto il solo caso di alto tradimento, debbano essere preferiti al Fisco, e ritener tutto (28), ed allora in vero non v' ha più luogo a vera confisca. Come nei tempi più antichi, esser trattati i beni confiscati, non ci è abbastanza noto. Silla applicò ad essi (29) la *proscriptio bonorum*, che si usava nel concorso (30), però dopo quel tempo fu solito di vendersi il patrimonio come un tutto, ed il compratore dovea addossarsi i debiti (31). Una somigliante obbligazione di addossarsi i debiti ha luogo eziandio allorchè, come spesso, avveniva sotto gli Imperadori, il patrimonio confiscato vien donato, il che dicesi *concessio bonorum* (32), e nel medesimo modo anche nel caso di grazia i debiti ritornano nuovamente all'aggraziato (33), in quanto la grazia siasi effettivamente riferita anche alla confisca e non semplicemente all'altra pena (34). Valentiniano II. impose a dovere del giudice il compilare il più presto possibile un esatto inventario del patrimonio confiscato (35).

2.° Ma vi è anche un certo numero di casi, ne' quali la successione universale avvenuta per pena torna a profitto di persone private. 1) Così allorchè alcuno per pena diviene schiavo di un altro, questi acquista sempre con lui anche il patrimonio (36), e dee quindi addossarse-

(25) L. 1. § 3. D. *eod.*
(26) Spartianus in Hadriano c. 18.
(27) L. 2-24. C. Th. *de bon. proscr.* (9. 42.) L. 8-10. C. *de bon. prosc.* (9. 49.).
(28) Nov. 134. c. 13.
(29) V. sopra § 225.
(30) Vellej. Paterc. II. 28.
(31) Cic. pro Roscio Amer. c. 29. Ad famil. XV. 19. in Verr. II. 1. c. 23.; Ascon. h. l.; Theoph. III. 12. pr. Nondimeno Livio Epit. XIV. parla già pel tempo antico una vendita de' beni.
(32) L. 21. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 41. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 1. C. *de tit. bon. subl.* (10. 12.)
(33) L. 3. L. 5. L. 12. C. *de sent. pass. et rest.* (9. 51.)
(34) L. 30. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 2. D. *de sent. pass.* (48. 23.)
(35) L. 7. C. *de bon. proscr.* (9. 49.) Confr. anche Nov. Majoriani tit. 5.
(36) L. 6. D. *de in integr. rest.* (4. 1.) L. 2. pr. D. *de fundo dot.* (23. 5.) L. 32. 6. D. *de don. inter. V. et U.* (24. 1.) § 1. J. *de success. subl.* (3. 12.) Theoph. h. l.

neanche i debiti (37), il che secondo il dritto più nuovo non può veramente avvenire, se non quando alcuno dolosamente si è lasciato vendere per partecipare del prezzo (38), o allorchè una manomissione vien rivocata per cagione d'ingratitudine (39), ma, finchè fu in voga il *Sctum Claudianum* (40), ebbe luogo eziandio allorchè una donna per illecite pratiche con uno schiavo altrui diveniva schiava del padrone di quest'ultimo (41), e secondo le dodici Tavole senza dubbio avea anche luogo ogni volta che un debitore per la *manus injectio* veniva in potestà del creditore (42), ovvero il *fur manifestus* diveniva schiavo del derubato (43). 2) Gli altri casi che qui si possono riferire furono tutti introdotti per la prima volta da Giustiniano, cioè A. chi rapisce una donna libera contro suo volere perde il suo patrimonio a benefizio della rapita (44); B. nel divorzio non di rado un conjuge può ottenere dall'altro una quota del patrimonio, della qual materia già più innanzi ne abbiam veduto i particolari (45); e C. allorchè alcuno che abbia di già figliuoli da un legittimo matrimonio scientemente contrae matrimonio incestuoso, il suo patrimonio dee passare a questi figliuoli, coll'obbligo però di alimentarlo (46), al che in ogni caso D. si può anche aggiugner che la vedova, la quale non abbia osservato l'anno del lutto può col rilasciare ai suoi figliuoli del primo matrimonio la metà del suo patrimonio liberarsi dalle pene che per questo le son minacciate (47).

B. Per altre ragioni.

§ 295. Anche senza lo scopo di una pena noi troviamo una successione universale nel patrimonio di una persona vivente:

(37) Caj. IV. 77.; § 5. J. *de noxal. act.* (4. 8.) L. 2. pr. L. 7. § 2. 3. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 129. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.)

(38) V. § 121. Nota 9.

(39) V. § 131. Nota 9-11.

(40) V. § 121. Nota 21-24.

(41) § 1. J. *de success. subl.* (3. 12.) Theoph. ad h. l.

(42) V. § 225. Nota 10. In ciò stava una protezione dei debitori, contro l'applicazione inconsiderata della *manus injectio;* imperocchè quando il creditore dovea addossarsi i debiti, avea bene a pensare per procedere alla *manus injectio*, se gli altri non vi prendessero parte, nel qual caso la legge permetteva loro di tagliare in pezzi il debitore. Gell. XV. 1. V. § 129.

(43) V. § 121. Nota 14. e. § 289. Nota 49.

(44) L. un. § 1. C. *de rapta virg.* (9. 13.)

(45) V. § 115.

(46) Nov. 12. c. 2.

(47) Nov. 22. c. 22.

1.° Nella *capitis deminutio minima* di un *homo sui juris*, e per conseguenza 1) nella *in manum conventio* di una *femina sui juris*, 2) nella arrogazione, 3) nell'entrare di un figliuolo sotto la potestà del suo padre mediante la *causae probatio*, 4) nella legittimazione, e 5) nella rivoca di un'emancipazione a cagione d'ingratitudine, nei quali casi secondo il dritto antico, il patrimonio del *capite deminutus* ricadeva a colui, nella potestà del quale egli entrava (1), ma però senza i debiti (2), e con ciò sta in connessione la *in integrum restitutio propter capitis deminutionem* (3); il che intanto nel dritto di Giustiniano è andato via, imperocchè la *in manum conventio*, e la *causae probatio* sono scomparse, e negli altri casi si applica la prescrizione di Giustiniano relativa all'arrogazione, cioè che il padre debba conseguire sul patrimonio il solo usufrutto, ed inoltre debba pagare i debiti fino a concorrenza del medesimo (4).

2.° Nella *sectio bonorum* nel concorso, la quale sebbene disusata pure non era al tutto divenuta inammisibile, allorchè i creditori trovavano l'opportunità di vendere con vantaggio tutta l'intera massa (5), pel qual modo eziandio l'intero patrimonio del debitore passa nel compratore (6), ma del pari senza i debiti, giacchè appunto per soddisfare questi debiti il compratore paga il prezzo della compra (7).

3.° Nella emancipazione senza una legittima ragione di un impubere arrogato, al quale in tal caso oltre del suo proprio patrimonio, che si dee restituire, spetta anche un 1/4 del patrimonio del padre, la *quarta divi Pii* (8).

4.° E nell'entrare in un Chiostro, nel qual caso il patrimonio ricade

(1) Per la *in manum conventio* il dimostrano Cic. pro Flacco c. 35. Topica c. 4.: Caj. III. 82-84. IV. 38.; per l'arrogazione Caj. III. 82.; L. 15. pr. D. *de adopt.* (1. 7.) pr. § 1. 2. J. *de adquis. per arrog.* (3. 10.); Theoph. ad h. l. Per rispetto agli altri mancano per verità delle espresse testimonianze, ma nondimeno non v'è dubbio che eguali cause aveano eguali effetti.

(2) Caj. III. 84.; L. 42. D. *de pecul.* (15. 1.)

(3) V. § 89.

(4) § 2. 3. J. *de adquis. per arrog.* (3. 10.) Theoph. ad h. l.

(5) Non si oppone pr. J. *de success. subl. quae fiebant per. bon. vend.* (3. 12.) Theoph. ad h. l.

(6) V. § 225. Nota 49.

(7) Trovasi un' eccezione solo in quanto il compratore dee patire che gli si opponga la compensazione e deduzione da parte de' debitori della massa, i quali abbiano dal canto loro a richieder qualche cosa Caj. IV. 65.

(8) § 3. J. *de adopt.* (1. 11.) L. 13. D. *si quid in fraud patr.* (38. 5.) L. 2. C. *de adopt.* (8. 48.) V. § 97. Nota 49.

al Chiostro, e ciò per intero allorchè non vi sono nè discendenti nè ascendenti, ma al contrario se vi son discendenti, questi ne ottengono due terzi, ed in difetto di discendenti, gli ascendenti ne conseguiscono un solo terzo (9).

2) Nel patrimonio di un morto.

§ 296. Alla morte di ognuno, che lascia un patrimonio effettivamente appartenente a lui medesimo, è regola, che ha luogo una successione universale nella sua facoltà. Ma nel tempo stesso si può incontrare anche una successione singolare in singole parti del patrimonio, sia per disposizione di legge (1), sia principalmente per volontà del morto (2); questo però non è essenziale, ma è del tutto accidentale, mentre per contrario vi son sempre delle persone che hanno un dritto alla successione universale, cosicchè questa non manca mai se non quando niuno ne allega delle pretensioni, almeno dopo la *lex Julia* e *Papia Poppaea*, mentre prima potea bene avvenire che non vi fosse alcuno, al quale spettasse un dritto sul patrimonio del defunto (3). Il dritto a questa successione universale vien detto dritto ereditario nel senso subjettivo, e la successione medesima eredità, *hereditas* (4), ed il successore chiamasi *haeres* (5); nondimeno qui è anche da distinguersi la successione ordinaria, cioè fondata sopra regolari ed ordinarie cause di successione, e la straordinaria che è fondata sopra cagioni, le quali solo per eccezione si applicano, mentre le espressioni *heres* ed *hereditas* non sono mai usate nell'ultima, ma questa anzi vien contrapposta all'*hereditas* (6). La più parte dei casi di siffatta straordina-

(9) Nov. 5. c. 5. Nov. 123. c. 38.

(1) Per es. quando la dote data al padre pel figliuolo, alla morte del primo, ricade a quest' ultimo § 111. Nota 15.; quando alla morte di un *socius liberalitatis principis* l'altro, in certe circostanze, prende anche la parte di donazione di costui § 343. Nota 26., e quando alla morte di uno fra più usufruttuarii la sua porzione si accresce ai rimanenti § 182. Nota 11. Oggidì ordinariamente gli oggetti di una siffatta successione chiamansi porzione statutaria, perchè gli statuti Tedeschi frequentemente ammettono una siffatta successione singolare.

(2) Legatum, fideicommissum, donatio mortis causa.

(3) V. § 299. Nota 13.

(4) L. 24. D. *de V. S.* (50. 16.) « Nihil aliud est hereditas quam successio in universum jus defuncti ». L. 62. D. *de R. J.* (50. 17.)

(5) *Heres* è la stessa cosa di *herus*, padrone, Festo p. *Herus*, Plaut. in Menechm. III. 2. v. 11. § 7. J. *de her. qual.* (2. 19.), e per conseguenza *hereditas* propriamente significa il dominio che si trasmette in un altro.

(6) L. 20. § 10. D. *hered. pet.* (5. 3.) L. 2. § 2. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 128.

via successione ebbe origine per la prima volta al tempo degl' Imperadori, ed a questi appartengono: 1) la successione, che già si incontra nelle dodici Tavole del tesoro dello Stato nel patrimonio di una Vestale morta senza testamento (7), 2) la successione del Fisco e di alcune altre persone nei beni giacenti, pei quali non vi sono ordinari eredi, introdotta parte nella *lex Cornelia testamentaria*, e parte nella *lex Papia Poppaea* (8), 3) la successione del padre introdotta da Ottaviano pel peculio castrense e quasi castrense di un suo figliuolo morto senza testamento, prima della Novella 118.(9), 4) la successione degli schiavi introdotta da Marco Aurelio mediante l'*addictio bonorum libertatum servandarum causa* (10), 5) la successione della vedova povera introdotta per la prima volta da Giustiniano (11), e la successione del pari introdotta la prima volta da Giustiniano della concubina e dei figliuoli nati dal concubinato (12). Una denominazione generale per tutti gli acquisti fatti ad occasione di morte è *mortis causa capio*, la quale si applica anche a quei tali acquisti, che non contengono alcuna successione rispetto al morto, ma in preferenza si applica a quegli acquisti, pei quali non vi è alcun nome speciale (13). In senso più ristretto solo la teorica della eredità forma l'oggetto del dritto successorio in senso objettivo; ma in un senso più ampio questo abbraccia la teorica di tutti gli acquisti per occasione di morte. La letteratura del dritto successorio Romano, fatta astrazione da quella frazione che se ne trova nei trattati e manuali, non è abbastanza copiosa nella esposizione di tutto il sistema (14). Nondimeno qui si possono anche riferire quelle opere,

§ 1. D. *de R. J.* (50. 17.). I moderni indicano i successori straordinari come possessori dell' eredità per contrapposto agli eredi propriamente detti. V. *Meyer* sulla success. intestata di Amburgo 1836. § 7.

(7) V. § 343. Nota 4.

(8) V. § 343. Nota 5. e 6.

(9) V. § 342. Nota 19.

(10) V. § 343. Nota 15-22.

(11) V. § 344. n. I.

(12) V. § 344. n. II.

(13) L. 55. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 8-10. L. 18. L. 21. L. 31. D. *de mortis causa donat. et capion.* (39. 6.) *Loffler diss. de mort. caus. cap. Lips.* 1751. 4.

(14) I più rinomati sono *J. Vasquius* de success. et ult. voluntatibus Frankfort 1676. *Lobethan* trattato compiuto della teorica della successione Halle 1776. 8.; *Madihn* principia juris Rom. de success. s. de jure hereditario systematice in usum praelect. disposita Frankfort. 1787. 8.; ivi 1792. 8.; *Zimmern* Quadro del dritto ereditario comune vigente in Germania Heidelb. 1823. 8.; *Hartitzsch* Il dritto di successione della legislazione romana e delle legislazioni attuali secondo il metodo di *Haubold* Lipsia 1827.

nelle quali il dritto successorio Romano vien confrontato col dritto successorio di altre legislazioni (15).

CAPITOLO I.

TEORICHE GENERALI.

I. Condizioni della successione ereditaria.

§ 297. La successione ereditaria in generale presuppone due cose. 1.° Colui, nel patrimonio del quale essa dee aver luogo, debbe esser di già morto (1), e per tal ragione nelle fonti questi per ordinario vien detto semplicemente *defunctus*. Colui che pretende alla successione dee provare la morte (2), e perfino il momento stesso della morte, quando importa di conoscerlo, come in più casi accade (3), debbe esser dimostrato da colui, che vi fonda sopra dei dritti. Intanto anche qui alcune presunzioni di legge possono liberare dal carico della pruova, e queste sono: 1) per coloro che sono scomparsi, la presunzione della morte dopo scorsi settant'anni (4), e 2) per coloro che son periti insieme, la presunzione di una morte contemporanea (5), salvo allorchè sieno insieme periti genitori e figliuoli, nel qual caso si presume che i figli impuberi sieno morti prima, ma per contrario i puberi sieno morti dopo i genitori (6). Oltre a ciò la *fictio legis Corneliae*, che colui, il quale muore prigione presso al nemico, sia morto nel momento medesimo che cadde in loro

8., 1831. 8.; *Hunger* il dritto Romano sulla successione Erlang. 1834. 8.; *Mayer* la successione universale per causa di morte. Berlino 1840. 8.

(15) *Dalwigk* Saggio di un'esposizione filosofico-giuridica del dritto di successione secondo la guida del dritto Romano, dei nuovi codici, e di molti statuti locali, con progetti di legge 3. vol. Wiesbaden. 1820-22. 8.; *Gans* Il dritto di successione nello svolgimento storico-mondiale, che è una parte della storia universale del dritto 4. vol. Berlino 1824-35. 8.; *Paulsen* De antiquo populorum juris hereditarii nexu cum eorum statu civili speciatim juris Scandinavici, Germanici, et Romani ratione habita. Sect. I. et II. Havniae 1823-24. 8.

(1) L. 1. D. *de her. vel act. vend.* (18. 4.) « *Viventis hereditas non datur* » L. 27. L. 94. D. *de adquir. her.* (29. 2.)

(2) L. 19. D. *eod.* L. 2. § 4. D. *testam. quemadm. aper.* (29. 3.)

(3) V. § 345. Nota 26.

(4) V. § 22. Nota 15.

(5) L. 10. L. 17-19. D. *de reb. dub.* (34. 5.)

(6) L. 23. L. 24. D. *eod.* Una eccezione pei legati si contiene nella L. 17. § 7. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

otere (7) precisamente nel dritto successorio ha la sua principale applicazione (8).

2.° È mestieri eziandio che il morto abbia lasciato un patrimonio a ui appartenente. Per conseguenza 1) per gli *homines alieni juris* la uccessione ereditaria era nel dritto antico interamente esclusa; imerocchè essi non potevano possedere altro patrimonio che un *peculium rofectitium*, il quale però apparteneva al loro padrone o padre, e quinli alla loro morte rimaneva al medesimo (9). Incontrasi una eccezioe in prima pei *servi publici*, essendochè a costoro era conceduto di ominare un erede per la metà del loro peculio (10), e per la introduione del peculio castrense e quasi castrense, come pure del così detto eculium *adventitium*, anche per rapporto ai figliuoli sotto la patria otestà divenne possibile la successione ereditaria, se possedessero per vventura un cosiffatto patrimonio (11). 2) Per somiglianti ragioni anie per gli *homines qui in libertate morabantur* non potea aver luogo lcuna successione ereditaria, imperocchè tostochè essi erano morti, loro acquisto, che erasi loro lasciato ritenere fino a quel momento, eniva riguardato come appartenente al loro padrone antico, o agli eredi costui (12), la qual cosa fu di poi applicata anche ai *Latini Juniai* (13), e 3) per le medesime ragioni non ha luogo la successione eretaria pei deportati, imperocchè qui la confisca si estende eziandio ai acquisti posteriori, e per conseguente non vi può essere verun paimonio (14), mentre in altri casi la confisca, anche nel caso di connna a morte, non rende impossibile l' esistenza di una eredità (15).

II. Degli eredi (*).

§ 298. Nel senso stretto e proprio solo quegli è erede *heres*, il quaper una regolare causa di successione già fondata nell' antico dritte

(7) V. § 22. Nota 14.
(8) V. § 326.
(9) L. 1. § 3. 4. D. *quando de pecul. act. ann. est.* (15. 2.)
(10) Ulp. XX. 16.
(11) V. § 317. e § 342. Nota 20. e 21.
(12) Caj. I. 22.; Fragm. Vet. Icti *de jur. spec. et man.* § 6. 7. V. la mia St. § 35. ta 15.
(13) V. la mia St. § 80. Nota 8. e più sopra § 253. n. III.; e § 354. Nota 13.
(14) V. § 294. Nota 11.
(15) V. § 294. Nota 9. e 10.
(*) *Reichhelm* Sulla nozione dell' erede e la natura del dritto ereditario, nel suo saggdi una interpetrazione delle leggi oscure. Halle 1799. n. 5. p. 198. seg.

civile diviene l'immediato successore universale di un morto. Nondimeno sono anche espressamente dichiarati *heredes* parecchi di coloro che per posteriori estensioni delle antiche regolari cause di successione han conseguito un dritto ereditario (1); inoltre anche gli altri successori universali per causa di morte sono in generale assomigliati agli eredi *heredis loco sunt* (2); finalmente anche gli eredi di un erede, almeno per molti rapporti, son ritenuti come eredi del defunto, il cui patrimonio mediatamente è ad essi pervenuto (3). La qualità di essere erede non comincia che con l'effettivo acquisto del patrimonio (4), ma allora però prende data retroattivamente dalla morte del defunto (5), e per regola non cessa per la ragione, che l'erede per qualsivoglia causa debba nuovamente restituire il patrimonio (6). L'erede unico chiamasi erede universale, *heres ex asse* (7), ma possono anche essere insieme più coeredi, *coheredes*, i quali allora debbono dividere l'eredità per parti, *partes quotae* (8), nel qual caso i Romani ordinariamente procedono (9) secondo la loro ordinaria maniera di computare le frazioni dell'*As*, il quale si divide in dodici once (10), ancorachè si trovi eziandio un'altra maniera di divisione (11). Nonpertanto si considera come se ciascuno di più eredi fosse chiamato all'intero, e per conseguenza come se il dritto di ciascuno fosse limitato solo per la concorrenza degli altri partecipanti al medesimo dritto; per la qual ragione quando

(1) Come i successori pel Senatoconsulto Tertulliano e pel Senatoconsulto Orfiziano, e gli eredi secondo la Nov. 118.

(2) L. 128. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.) Caj. III. 32.; L. 2. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 20. § 6. 7. 10. L. 54. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 1. § 18. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.)

(3) L. 3. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 7. § 2. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 5. § 1. D. *de legat.* III. (32.) L. 9. D. *de suis et legit.* (38. 16.) L. 65. L. 70. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 194. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 14. C. *de hered. instit.* (6. 24.)

(4) V. § 301.

(5) L. 138. pr. L. 193. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 28. § 4. D. *de stip. serv.* (45. 3.) L. 54. D. *de adquir. her.* (29. 2.) L. 98. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 14. § 3. D. *quando dies* (36. 2.)

(6) L. 88. D. *de hered. inst.* (28. 5.) « Semel heres semper heres » L. 43. § 3. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) L. 7. § 10. D. *de minor.* (4. 4.). Un'eccezione ha luogo segnatamente nella clausola privatoria V. § 313.

(7) L. 13. § 5. 6. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 10. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 12. D. *de lib. et posth.* (28. 2.)

(8) Intorno all'*heres ex re certa* veggasi il § 331.

(9) L. 13-15. L. 50. § 2. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(10) V. § 264. Nota 16.

(11) L. 15. § ult. D. *eod.*

:uno non acquista la sua parte, questa da sè medesima si deferisce li altri, il che dicesi dritto di accrescimento *jus accrescendi* (12). La itinzione di *heredes ex testamento* ed *heredes legitimi* s. *ab intestato* rapporta solamente alla causa di successione (13). Ma ha una spe- ıle importanza la distinzione di eredi necessari, *heredes necessarii*, i ıali per regola non possono rifiutare la successione, e di eredi volon- ri *heredes extranei*, i quali non son mai obbligati di essere eredi. 1) primi appartengono: A. gli schiavi del defunto, che in preferenza so- indicati semplicemente come *necessarii heredes*, allorchè sono sta- dal medesimo nominati eredi (14). B. I figliuoli alienati dal defunto, ıe si trovano tuttora *in mancipio*, ma anche soltanto allorchè sono ati dal defunto nominati eredi (15) e C. i *sui heredes*, o *sui et neces- rii heredes* (16), cioè i discendenti del defunto, che alla sua morte rovansi nella sua potestà, o vi si sarebber trovati, se a quel tempo ssero di già nati, compresi eziandio i figliuoli adottati, e legittima- (17), come pure, secondo il dritto antico, la moglie *in manu* del ·funto o di un figliuolo del medesimo, che era assomigliata ad una fi- iuola, (18). 2) Per contrario per eredi volontari *extranei heredes* s'in- ndono tutti quegli eredi, che alla morte del defunto non si trovano ıtto la sua potestà e non importa se da prima vi sieno stati, ovvero : si trovino sotto la potestà di un altro, o no (19). Con gli eredi ne- ·ssarii non son da confondere gli eredi legittimarii, come ora si soglio- ɔ addimandare certi eredi, che il defunto non può a suo arbitrio esclu- ·re dalla successione (20).

(12) V. § 360.
(13) V. § 300.
(14) § 1. I. *de her. qual.* (2. 19.) Caj. II. 152-156.; Ulp. XXII. 24.; tit. C. *de* ·*cessario servo herede instituto vel substituto* (6. 27.)
(15) Caj. II. 160.
(16) *Griesinger* Storia e nuova teorica della suità. Stuttgart 1807. 8.
(17) Caj. II. 157-160. III. 2-8.; Ulp. l. c. § 2. J. *de her. qual.* (2. 19.) § 2-8. J. *her. quae ab intest.* (3. 1.) L. 11. L. 29. § 12-15. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. § 2. D. *de suis et legit.* (38. 16.) L. 7. D. *de bon. damn.* (48. 20.)
(18) Collat. L. L. Mos. et Rom. XVI. 2. 6.; Caj. II. 159.
(19) § 3. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 1. L. 2. L. 10. L. 30. D. *de adq. her.* (29.) L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.) Caj. II. 161. Soltanto i *liberi in mancipio* rmano qui un' eccezione V. Nota 15.
(20) V. appresso il capitolo 5. Il chiamare gli eredi legittimarii anche *heredes neces- rii* può dar luogo ad errori.

III. Della eredità.

§ 299. Il patrimonio che forma l'oggetto della successione ereditaria appellasi anche eredità *hereditas* (1); questa parola quindi ha una doppia significazione (2). Come un tutto complessivo, che solo nell'idea forma una unità, l'eredità viene annoverata fra le *res incorporales* (3); e non è neppure necessario che in essa si ritrovino delle cose, potendo anche solamente consistere in dritti (4), come pure non importa per la sua nozione, se i debiti oltrepassino o no i beni (5). Finchè l'eredità non è stata ancora acquistata dagli eredi, appellasi *hereditas jacens*, la quale non ha padrone (6). Ma perchè un patrimonio non forma un tutto, se non per rapporto ad un possessore, al quale tutte le parti del medesimo appartengano, e quindi un patrimonio senza padrone contiene una contraddizione intrinseca, e giuridicamente si verrebbe a risolvere in parti, così il defunto per finzione si ritiene tuttora esistente, il che si esprime con la frase che l'*hereditas jacens* rappresenti il defunto, dal che nel tempo stesso è venuto che la medesima sia trattata come una persona giuridica (7). Per questo mezzo il patrimonio vien ritenuto come unità, e per conseguenza non solo continuano in esso i dritti e le

(1) L. 208. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 11. D. *de divers. temp. praescr.* (44. 3.) L. 1. L. 3. D. *de bon. poss.* (37. 1.) Cic. top. c. 6.

(2) V. § 296. Nota 4-

(3) § un. J. *de reb. incorp.* (2. 2.) L. 1. § 1. D. *de her. div.* (1. 8.)

(4) « Hereditas sine ullo corpore juris intellectum habet » L. 50. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 178. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.)

(5) L. 32. D. *mand.* (17. 1.) L. 8. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 3. pr. D. *de bon. poss.* (37. 1-) L. 10. C. *de jure delib.* (6. 30.)

(6) L. 1. pr. D. *de rer. div.* (1. 8.) Caj. II. 19. L. 13. § 2. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 13. § 5. D. *quod vi aut clam* (43. 24.)

(7) Pr. J. *de stip. serv.* (3. 17.) § 2. J. *de her. inst.* (2. 14.) L. 31. § 1. L. 61. D. *eod.* (28. 5.) L. 32. § 2. L. 34. L. 61. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 15. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 9. C. *depositi* (4. 34.). Alcuni Giureconsulti Romani dicevano che l'eredità rappresenta il futuro erede L. 24. D. *de novat.* (46. 2.) L. 22. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 35. D. *de stip. serv.* (45. 3.), ma questa non era una teorica riconosciuta, e ciò è praticamente importante; imperocchè se l'eredità rappresenta il defunto, nelle occorrenze dell'eredità bisognerà anche prender regola dai così detti *statuta personalia* del medesimo, e per conseguenza l'eredità dovrà anche godere del foro e dei privilegi personali del defunto, per quanto essi sieno applicabili, come in ispezialità delle esenzioni dalle imposte dirette o indirette, di cui godeva il defunto, le quali cose non potrebbero aver luogo, se l'eredità rappresentasse la persona ancora sconosciuta dell'erede.

obbligazioni del defunto, in quanto non sieno strettamente personali (8) ed anche i rapporti di possesso, quando le cose non ne sieno uscite (9), ma l'eredità in tutte quelle guise, che non richiedono alcuna personale attività del possessore del patrimonio (10), può eziandio fare acquisti (11), ed obbligarsi (12). Non ostante quella finzione l'*hereditas jacens* secondo il dritto antico veniva effettivamente riguardata come senza padrone, tanto che ciascuno, senza andar soggetto a pena, potea impossessarsi delle cose ad essa appartenenti, ed acquistarle anche mediante la così detta *usucapio lucrativa pro herede* (13), purchè ne avesse effettivamente preso possesso dopo la morte del defunto, e non volesse semplicemente riguardar come una *possessio pro herede* un possesso di cose ereditarie già prima acquistato (14). Ma sotto Marco Aurelio questo dilapidamento delle eredità fu interamente proibito, sebbene rimanesse tuttavia un resto dell'antica licenza nella esclusione delle azioni di furto per le sottrazioni commesse sull'eredità giacente (15). Del resto può destinarsi un curatore per l'amministrazione della *hereditas jacens*. Secondo l'Editto del Pretore questo per verità non

(8) In virtù della rappresentazione del defunto per mezzo dell'eredità, a rigore anche i diritti e le obbligazioni strettamente personali dovrebbero sussistere fino all'accettazione dell'eredità, ma nondimeno questa conseguenza non è ritenuta.

(9) Alla L. 1. § 15. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.) che nega ciò si possono opporre molti testi L. 40. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 15. pr. L. 31. § 5. L. 40. L. 44. § 3. D. *de usurpat.* (41. 3.) L. 12. § 1. 2. L. 22. § 3. L. 29. D. *de captivis* (49. 15.)

(10) L. 15. pr. D. *de in diem. addict.* (18. 2.)

(11) Così l'eredità può usucapire L. 31. § 5. L. 40. L. 44. § 3. D. *de usurp.* (41. 3.); può acquistare per mezzo degli schiavi ad essa appartenenti L. 15. pr. L. 41. § 3. D. *eod.* L. 116. § 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 12. § 1. L. 29. D. *de capt.* (49. 14.) L. 9. C. *depositi* (4. 34.) pr. J. *de stipul. serv.* (3. 17.) L. 35. L. 36. D. *eod.* (45. 3.), mentre costoro non acquistano immediatamente al futuro erede L. 16. L. 28. § 4. D. *eod.* L. 18. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 43. D. *de adq. her.* (29. 2.); e può acquistare dei crediti per le lesioni recate L. 13. § 2. L. 43. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 13. § 24. D. *quod vi aut clam* (43. 24) L. 15. pr. D. *de interrog. in jure* (11. 1.), ovvero per la gestione dei negozii che altri abbia intrapresi per essa L. 3. pr. § 6. L. 21. § 1. D. *de negot. gest.* (3. 5.), ovvero pel verificarsi della condizione nelle convenzioni condizionali del defunto L. 77. D. *de V. O.* (45. 1.), ovvero per la fidejussione prestata da alcuno L. 22. D. *de fidejussor.* (46. 1.). Del pari appartengono naturalmente all'eredità gli oggetti che provengono dalle cose ereditarie L. 3. § 6. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 20. § 3. L. 25. § 20. L. 26. L. 27. L. 40. § 1. D. *de her. pet.* (5. 3.)

(12) Così p. es. l'eredità rimane obbligata per una *negotiorum gestio* intrapresa per essa L. 3. pr. § 6. L. 21. § 1. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(13) Caj. II. 52-58. Cic. *de legib.* II. 19. V. § 168. Nota 14.

(14) L. 2. § 1. D. *pro herede* (41. 5.) L. 33. § 1. D. *de usurpat.* (41. 3.)

(15) V. § 286. Nota II. 5.

poteva aver luogo, se non quando per lunga pezza era rimasto incerto, se vi fossero degli eredi, o se questi accettassero, e per tal ragione i creditori, siccome in tal caso era loro permesso dall Editto, si faceano concedere provvisoriamente la *missio in possessionem rei servandae causa*, ed allora dovea nominarsi un curatore per amministrare il patrimonio, finchè non fosse certo se l' l'eredità si accettasse, o invece dovesse esser venduta pei creditori (16). Nondimeno secondo la pratica posteriore il magistrato può sempre in tal caso nominare un curatore, allorchè lo stima conveniente (17).

IV. Deferimento ed acquisto dell'eredità:

1) *Deferimento.*

§ 300. Tra la semplice possibilità o aspettativa di divenire in appresso l'erede di alcuno, e l'effettivo acquisto dell'eredità sta nel mezzo il *deferimento*, come l'apertura della successione per determinate persone, per modo che questè possano subito divenire eredi (1), ed a ciò si richiede 1) che quegli, della cui eredità si tratta sia già morto, 2) che vi sia una valida causa di successione, 3) che non vi sia alcuno dei più prossimi chiamati, imperocchè quelli, che hanno per sè una causa di successione non son tutti uguali fra loro, e 4) che, se la causa di successione sia condizionale, il che può avvenire sì per volontà del defunto, e sì per disposizione della legge (2), la condizione siasi di già verificata. Ma le cause possibili di successione sono di due specie:

1.ª Per regola sta nella libera facoltà del defunto, e talvolta anche di un altro in sua vece (3) di dichiarare anticipatamente chi voglia per suo erede. Soltanto, ciò deve avvenire in un testamento cioè in una disposizione unilaterale fatta nella forma legale (4), giacchè il dritto Romano non solo non fa valere le istituzioni di erede senza l'osservan-

(16) L. 23. § 2-4. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 6. § 2. L. 8. L. 9. pr. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.) L. 9. § 5. D. *de bon. auct. jud.* (42. 5.) L. 1. § 1. 2. D. *de cur. bon. dando* (42. 7.)

(17) L. 3. D. *de cur. fur.* (27. 10.) L. 1. § 4. D. *de muner.* (50. 4.) V. § 136. Nota 45.

(1) L. 151. D. *de V. S.* (50. 16.) « *Delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi* ».

(2) P. es. quando delle *personae incapaces* fra i cento giorni dalla morte del testatore avrebbero dovuto ottenere la capacità.

(3) *Substitutio pupillaris* e *quasi pupillaris* V. § 333. e 335.

(4) V. § 310.

ra della forma prescritta (5), ma rigetta eziandio come pericolose ed immorali (6) le successioni convenzionali, che in Germania son riconosciute come istituzioni contrattuali (7). La successione che viene da siffatta causa addimandasi successione testamentaria, *successio testamentaria* s. *ex testamento*, e gli eredi si chiamano eredi testamentarii, *heredes testamentarii* s. *instituti*.

2.° Ma quando o non si è formato alcun valido testamento, o questo è venuto meno, allora entra a supplemento la legge, la quale chiama alla successione in un certo ordine i parenti ed il conjuge sopravvivente del defunto, il perchè gli eredi chiamati in tal modo appellansi eredi legittimi o intestati, *heredes legitimi* s. *ab intestato*, e la successione addimandasi successione legittima o intestata, *successio legitima* s. *ab intestato*. Or siccome, secondo che dal fin qui detto apparisce, gli eredi testamentarii vanno innanzi agli eredi ab intestato (8), siccome ciascun erede si considera come chiamato all'intero (9), e rimane sempre erede (10), ed ancora, tostochè ha acquistato l'eredità, si reputa come già entrato nel dominio fin dalla morte del defunto (11), così ne segue spontaneamente che, allorquando vi sono eredi testamentarii validamente nominati, ed hanno ottenuta la successione, gli eredi legittimi ne sono del tutto esclusi, anche se quelli fossero istituiti solamente *ex die* o *ad diem* (12), ovvero in una sola parte dell'eredità (13). Adunque al defunto è permesso solamente di nominare il futuro padrone del suo patrimonio, ma non già di restringere il dominio di costui per rapporto al tempo ed alla estensione, per modo che potesse aver luogo in parte anche la successione legittima, il che si esprime con la regola: « *nemo pro par-*

(5) L. 9. L. 13. L. 21. § 3. C. *de testam.* (6. 23.)
(6) L. 52. § 9. D. *pro socio* (17. 2.) L. 1. L. 7. L. 11. D. *de her. vel. act. vend.* (18. 4.) L. 61. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 15. L. 19. C. *de pact.* (2. 3.) L. 25. L. 34. *de transact.* (2. 4.) L. 5. C. *de pact. conv.* (5. 15.) L. 4. C. *de inut. stip.* (8. 39.) *Stalblank* diss. de causis improbati pacti hereditarii ex jure Rom. Tubingae 1798. 4. Non una vera eccezione quella che si contiene nella L. 30. C. *de pact.* (2. 3.) V. § 360. III.
(7) *Linde* diss. de successione Germanica in primis pactitia Bonn 1820. 8.; *Hasse* Museo Renano vol. II. p. 149. seg. 300. seg. *Beseler*; le donazioni a causa di morte. vol. Gott. 1835-37. 8.
(8) Pr. J. *de her. quae ab int.* (3. 1.) L. 1. pr. D. *si tab. test. nullae ext.* (38. 6.) L. 1. pr. D. *de suis et legit.* (38. 16.)
(9) V. § 298. Nota 12.
(10) V. § 298. Nota 6.
(11) V. § 298. Nota 5.
(12) § 9. J. *de her. inst.* (2. 14.) L. 34. L. 88. D. *eod.* (28. 5)
(13) L. 1. § 4. L. 9. § 13. L. 10. L. 19. D. *eod.*

te testatus, pro parte intestatus decedere potest » (14). Nondimeno questa regola patisce le sue eccezioni (15), e ci ha dei casi ne'quali un testamento valido nella forma per cagione degli eredi legittimarii dee cedere alla successione *ab intestato* (16), la qual successione a ragione si potrebbe chiamare successione contro un testamento *successio contra testamentum* (17).

2) Acquisto:

A. *Secondo il dritto civile* (*).

§. 301 In rapporto all'acquisto di una eredità deferita, secondo i principii del dritto civile, sono da distinguersi gli eredi necessarii e gli eredi volontari (1):

1°: Siccome i *necessarii heredes* non possono ricusare l'eredità, senza che importi se sieno chiamati come eredi testamentarii o *ab intestato*, così da parte loro non si richiede alcuna accettazione dell'eredità, ma son tenuti *ipso jure* come eredi (2), anche quando ignorino il defe-

(14) § 5. J. *eod.* L. 7. D. *de R.* J. (50. 17.) L. 15. § 2. D. *de inoff. test.* (5. 2.) Cic. de invent II. 21. La ragione semplice di questa regola è senza dubbio che i Romani sotto l' *hereditas* non altrimenti che sotto la proprietà comprendevano un dominio per se durevole ed universale, il quale certamente non escludeva la concorrenza di un comproprietario investito del medesimo dritto, ma per altro comprendeva interamente e per sempre il suo oggetto, e per questo anche avea luogo il *jus accrescendi* nella successione intestata non meno che nella successione testamentaria senza esser limitato da una *successio ordinum et graduum*, la quale in generale era sconosciuta all' antico dritto. *Reichelm* l. c.p. 215. Intorno alle altre idee veggasi *Haubold* Diss. de causis cur idem test. et intest. decedere non possit Lipsia 1788. 4. ; *Thibaut* tratt. civ. n. 5.; *Klupfel* diss. sul dritto civ. Stuttgart 1817. n. 1. *Seuffert* nell'Arch. per la prat. civ. vol. III. n. 15.; *Dernburg* contribuzioni alla storia dei testamenti Bonn 1821. 8. p. 302. seg.; *Gans* dritto di successione vol. II. p. 9.; *Huschke* nel Museo Renano vol. VI. n. 8.

(15) L. 15. § 2. L. 19. pr. L. 24. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 6. L. 41. pr. D. *de mil. test.* (29. 1.) L. 19. § 2. D. *de castr. pec.* (49. 17.) L. 2. C. *de test. mil.* (6. 21.)

(16) V. appresso cap. 5.

(17) Ciò s'incontra anche in un'applicazione, cioè nella *bonorum possessio contra Tabulas.*

(*) Qui è necessario che si tratti questa teorica, perchè altrimenti non si comprenderebbe abbastanza la *bonorum possessio*, la cui spiegazione è qui indispensabile.

(1) V. § 298. Nota 14-19.

(2) § 1. 2. J. *de her. qual.* (2. 19.) § 2-8. J. *de her. quae. ab intest.* (3. 1.) L. 42. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 14. D. *de suis et legit.* (38. 16.) L. 3. C. *de jure delib.* (6. 30.)

rimento (3), o sieno al tutto incapaci di volontà (4), e ciò nel deferimento senza condizione ha luogo incontanente fin dal momento che l'eredità è deferita, altrimenti solo dal verificarsi della condizione (5). Soltanto, allorchè sono istituiti in un testamento con la espressa condizione, se vogliano essere eredi, debbono egualmente che gli altri eredi dichiarare la loro volontà di accettare l'eredità, imperocchè allora possono anche ricusarla (6).

2:° Per contrario gli *extranei heredes*, per acquistare l'eredità deferita, debbono sempre adirla, cioè far nota la loro accettazione (7), salvo, secondo il dritto nuovo, quando sono discendenti del defunto, imperocchè costoro, secondo la disposizione di Teodosio II. in generale debbono divenire eredi *ipso jure* (8), dal che nondimeno non si può affatto dedurre anche l'obbligazione dei medesimi di accettare l'eredità (9). Per ciò che riguarda la specie e la maniera dell'accettazione, questa può avvenire 1) per un'espressa dichiarazione, la quale intendesi principalmente per la *hereditatis aditio*, e secondo il dritto nuovo non richiede veruna formalità (10), ovvero 2) tacitamente per via della *pro herede gestio*, allorchè l'erede nel fatto si comporta da padrone dell'eredità e ne dispone (11), presupposto che gli atti intrapresi fondatamente facciano dedurre l'intenzione di voler essere erede (12), il che segnatamente non è da presumersi pel semplice adempimento delle condizioni potestative imposte (13), e che non sieno manifestamente intrapresi con qualche altra intenzione. Intanto nel dritto più antico ci avea un adizione di forma speciale (14), la quale appellavasi *cretio* da *cerne-*

(3) L. 30. § 6. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 19. § 2. D. *de castr. pec.* (49. 17.) L. 8. C. *de suis et legit.* (6. 55.)

(4) L. 7. § 2. C. *de cur. fur.* (5. 70.)

(5) L. 21. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 5. C. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(6) L. 86. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 12. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

(7) § 3. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 1. L. 2. L. 10. L. 80. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(8) L. 11. C. *de suis et legit.* (6. 55.) Confr. anche L. 11. C. *de legit. hered.* (6. 58.)

(9) Qui devesi ritenere ciò che avviene pei legati, i quali si acquistano anche *ipso jure*, ma nondimeno possono essere ricusati senza aver bisogno di una restituzione.

(10) § 7. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 17. C. *de jure delib.* (6. 30.) V. Nota 26.

(11) § 7. J. cit. L. 20. L. 21. L. 88. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 2. C. *de jure delib.* (6. 30.) Ulp. XXII. 26.

(12) L. 4. pr. D. *de relig.* (11. 7.) L. 20. pr. § 2-5. L. 21. pr. L. 24. L. 40. L. 73. L. 86. § 2. D. *de adq. her.* (29. 2.

(13) L. 1. § 1. D. *de condict. causa data* (12. 4.) L. 13. D. *de cond. inst.* (28. 7.) Non si oppone L. 62. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(14) L. 20. § 1. D. *eod.* L. 14. § 8. D. *de relig.* (11. 7.)

re esaminare e decidere (15), e questa era sempre ammessa, ma non era però necessaria, se non quando il defunto nella successione testamentaria aveala prescritta (16). L'essenziale della medesima consisteva nella dichiarazione di accettare l'eredità fatta con certe parole solenni (17), nella quale solevano invitarsi dei destimoni (18), e adoperarsi anche altre cerimonie, che non ci sono precisamente indicate (19). E se la *cretio* era prescritta in un testamento, dovea anche seguire entro un termine determinato, il quale, in difetto di altra determinazione del defunto, era di cento giorni, e questo nella *cretio vulgaris*, cioè allorchè il testatore nella sua disposizione avea aggiunto le parole « *quibus sciet poteritque* », non cominciava a decorrere se non dal tempo che il deferimento era venuto a notizia dell'erede, ma per contrario nella *cretio continua* s. *certorum dierum*, cioè quando nel testamento non si erano adoperate quelle parole, decorreva immediatamente dal momento della delazione (20). Senza dubbio non erano ammessi procuratori (21), salvo allorchè il defunto ne avesse dato il dritto, il che ad-

(15) Caj. II. 164.; Isidori Orig. V. 24.; Varro de L. Lat. lib. VI. ed. Bipont. p. 90. *Gothofredus* ad L. un. C. Th. *de cretione* (4. 1.) *Stockmann* diss. de cretione solemni 1810. 4. *Lohr* nel mag. per la legislazione e giurisprudenza vol. III. n. 5. Il medesimo nell' Arch. per la prat. civ. vol. II. n. 14.

(16) Caj. II. 167. L. 1. C. Th. *de cretione* (4. 1.)

(17) « Quod me P. Maevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque. » Caj. II. 166.; Cic. ad Atticum XIII. 46.; Ulp. XXII. 28.

(18) Cic. l. c. Varro de L. Lat. lib. V. ed. Bipont. p. 73. « Itaque in cretione adhibere jubent testes. » L'opinione di Cujacio obs. VII. 18. che quivi intervenisse anche un *antestatus* per toccar l'orecchio ai testimoni, non ha in se nulla d'inverisimile, ma non ha niuna testimonianza a suo favore.

(19) L'assunto ben problematico di Cujacio l. c., *Merillius* observ. IV., che nella *cretio* l'erede dovesse far certi scoppiamenti con le dita, e quello di *Altaserra* de fiction. jur. III. 2. che egli dovesse anche saltare, si appoggia a Cic. de off. III. 19. « Itaque si vir bonus habeat hanc vim, ut, si digitis concrepuerit possit in locupletium testamenta nomen ejus irrepere, hac vi non utatur, ne si exploratum quidem habeat, id omnino neminem unquam suspicaturum. At dares hanc vim M. Crasso, ut digitorum percussione heres posset scriptus esse, in foro, mihi crede, saltaret, ed *Ambrosius* de Off. III. 11. » non ego in hereditatibus adeundis digitorum percussiones, et nudi successoris saltationes notabo; nam haec etiam vulgo notabilia. « Cicerone manifestamente non parla dell'adizione di eredità, ma dell'istituzione, che un uomo onesto non deve comprare neppur col percuoter delle dita, se per questo mezzo egli il potesse, mentre un Crasso per una preda di tal fatta per la gioja salterebbe anche nella pubblica piazza, e S. Ambrogio potè forse intender male Cicerone, e per tal modo attingere quella sua notizia, la quale riguarda assolutamente l' adizione.

(20) Caj. II. 170-173.; Ulp. XXII. 27. 31. 32.

(21) L. 90. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.)

dimandavasi *cretio libera* (22). Del rimanente finchè il termine non era decorso, anche una espressa dichiarazione di non voler succedere non impediva l'erede dal fare posteriormente la *cretio* (23); ma se egli avea lasciato trascorrere il termine, allora in origine era in tutto escluso; nondimeno ben presto fu ammesso che ciò non dovesse assolutamente avvenire, se non quando nel testamento si fosse espressamente pronunziata la diseredazione pel caso che non seguisse la *cretio*, e che altrimenti una *pro herede gestio* potesse tener luogo della omessa *cretio*, sebbene colla restrizione, che, quando pel caso che l'erede non ottenesse la successione, fosse stato nominato un altro, l'erede che accettava per la semplice *pro herede gestio*, dovesse rilasciare a questo sostituto la metà dell'eredità (24). Costantino a benefizio dei padri dichiarò non necessaria la *cretio*, allorchè era stato istituito erede un figliuolo sotto la patria potestà, affinchè il padre per l'inosservanza di quella formalità non perdesse l'eredità (25), e Teodosio II. finalmente abolì del tutto la *cretio*; e però da quel tempo l'adizione senza formalità per via di parole, o per via di atti è sempre sufficiente (26). Ma in qualunque guisa possa avvenir questa adizione, essa non è valida nè obbligatoria, se non quando 1) la successione sia di già deferita (27), e per conseguenza, se il deferimento è condizionale, siasi anche di già verificata la condizione (28), e l'erede nel tempo stesso abbia avuto precisa notizia della sua chiamata (29), 2) nel caso che il defunto fosse stato ucciso, sia compiuta l'inquisizione che deve aver luogo contro i suoi schiavi (30), in caso contrario un'adizione anteriore trae con se la perdita della successione (31), e 3) l'erede in persona (32), senza condizio-

(22) Imperocchè Cic. ad Atticum XIII. 46. scrive essergli stata data la *cretio libera*, e voler egli nominare perciò un procuratore.

(23) Caj. II. 168. Ulp. XXII. 30.

(24) Caj. II. 174-178.; Ulp. XXII. 33. 34. Non si può determinare se Cic. ad Attic. XI. 12. sotto la *cretio simplex* abbia inteso la *cretio sine exheredatione*, ovvero la *cretio vulgaris*.

(25) L. 4. C. Th. *de matern. bon.* (8. 18.)

(26) L. 17. C. *de jure delib.* (6. 30.)

(27) L. 3. L. 13. § 2. L. 27. L. 39. L. 69. D. *de adquir. hered.* (29. 2.)

(28) L. 13. pr D. *eod.*

(29) L. 13. § 1. L. 19. L. 21. § 2. D. *eod.*

(30) V. Appresso § 327.

(31) L. 1. § 21. L. 3. § 29. L. 5. § 2. 3. D. *ad Sct. Silan.* (29. 5.) L. 9. C. *de his quae ut indign.* (6. 39.)

(32) L. 90. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.). Solamente il *procurator Caesaris* del distretto può intraprendere una *gestio pro herede* per l'Imperadore, ed un padre pel suo figlio di famiglia L. 1. § 2. D. *de off. procur.* (1. 19.) L. 4. C. *de jure delib.* (6. 30.) V. nondimeno § 356.

ne (33), e senza limitazione abbia dichiarata la sua accettazione per rispetto all'intera successione a lui deferita (34). In generale dipende dall'erede quando voglia far la sua accettazione. Ma il dritto civile antico conteneva già delle restrizioni di questa libertà 1) nella facoltà data al testatore di poter prescrivere un termine nella successione testamentaria (35), come pure 2) nella *usucapio lucrativa pro herede*, la quale era appunto intesa a sollecitare gli eredi ad una pronta adizione (36); e l'Editto del Pretore aggiunse non solo che 3) i creditori a cagione di una lunga incertezza della successione possano ottenere l'immissione nel possesso dell'eredità (37), ma ancora che 4) quando l'erede chiamato è noto e presente, i coeredi, sostituiti, creditori ereditarii, e legatarii debbano avere il dritto di obbligarlo a dichiararsi mediante un' *interrogatio in jure* (38). Allora il giudice dee prescrivere all'interrogato un termine, il quale da prima dipendeva dalla discrezione del magistrato, e poteva prorogarsi sulla richiesta della parte (39), ma secondo la disposizione di Giustiniano debb'esser di nove mesi, e solo il Sovrano può estenderlo ad un anno (40). Durante questo termine di deliberazione l'erede ha la facoltà di osservare tutte le carte ereditarie (41), di fare sugli affari dell'eredità tutte quelle disposizioni, che non patiscono indugio, senza che questo possa valere come *gestio pro herede* (42), e se è un discendente del defunto, può anche chiedere gli alimenti dall'eredità (43), ma d'altra parte Giustiniano sotto pena della perdita della successione gli impose eziandio il dovere di fare un inventario del patrimonio (44). Chè se fra il termine datogli a deliberare egli non si dichiara, allora, se coloro che lo han fatto interrogare sono dei coeredi, o de'sostituiti, egli vien riguardato come rinunziante, ma se sono semplicemente dei creditori o legatarii, vien tenuto come accettante (45).

(33) L. 51. § 1. 2. L. 75. D. *de adquir. her.* (29. 2.) L. 77. D. *de R. J.* (50. 17.)
(34) L. 1. L. 2. L. 10. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.)
(35) L. 69. L. 72. D. *de adq. her.* (29. 2.) V. Nota 20.
(36) Caj. II. 55.
(37) V. § 299. Nota 16.
(38) L. 1-6. D. *de interrog. in jure* (11. 1.) L. 69. D. *de adquir. her.* (29. 2.) L. 9. C. *de jure delib.* (6. 30.) Caj. II. 167. L. 1. pr. D. *de succ. ed.* (38. 9.)
(39) L. 1-4. D. *de jure delib.* (28. 8.)
(40) L. 22. § 13. C. *eod.* (6. 30.)
(41) L. 5. pr. D. *eod.* L. 28. D. *de adq. her.* (29. 2.)
(42) L. 5. § 1. L. 6. L. 7. § 3. D. *de jure delib.* (28. 8.)
(43) L. 7. § 3. L. 9. D. *eod.*
(44) L. 22. § 14. C. *eod.* (6. 30.)
(45) L. 69. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 22. § 14. C. cit.

Del rimanente Giustiniano 5) introdusse un altro caso, in cui l'erede si dee dichiarare tra un certo termine, cioè quando è stata promossa la *querela inofficiosi* (46).

B. Secondo l' Editto del Pretore (*).

a) Bonorum possessio.

§ 302. Molte cose dell'antico dritto successorio stabilito principalmente nelle dodici Tavole, più tardi non corrispondeano più alle idee; il che diede occasione ai Pretori di fare nei loro Editti fin dal tempo della Repubblica talune innovazioni essenziali (1), le quali nondimeno si possono ridurre a due specie.

1:° Fu aperta una nuova via di ottenere l'eredità, la quale in preferenza 1) era intesa ad avere speditamente un nuovo possessore del patrimonio, che ne prendesse cura, ed in caso di necessità ne fosse anche responsabile, per evitare a questo modo i danni, che dalla lunga incertezza di una successione poteano provenire, allorchè gli eredi non si dichiaravano, e per la loro assenza o per la circostanza che non erano noti, non poteano esser costretti a dichiararsi mediante l' *interrogatio in jure* (2); ma nel tempo stesso 2) avea per iscopo di estendere ed agevolare (3) il passaggio del dritto di successione agli eredi più lontani in difetto dei più prossimi, il qual passaggio, secondo il dritto civile antico, non avea luogo che in una sfera ben ristretta (4). Forse eravi 3) anche uno scopo accessorio, di dare cioè un mezzo di decidere chi nel caso di lite sulla successione, dovesse provvisoriamente averne il possesso (5). Le disposizioni sopra la nuova forma di venire all'eredità

(46) L. 36. § 2. C. *de inoff. test.* (3. 28.) V. § 360. Nota 8.

(*) *Hugo* diss. de bon. poss. Halae 1788. 4.; *Koch* bonorum possessio Giessen 1799. 8.: *Lohr* nel mag. per la legislazione e giurisprudenza vol. III. n. 8. vol. IV. n. 10. § 7.; Seconda storia del dritto di *Hugo* p. 579. seg.; la storia di dritto di *Schweppe* § 426. seg.; *Fabricius* Origine e progresso della *bon. poss.* Berlino 1837. 8.; *Leist* Hist. bon. poss. secundum Tab. Goett. 1841. 8.

(1) Caj. III. 18. seg.; § 8. J. *de bon. poss.* (3. 9.); *Lohr* l. c. vol. III. p. 250. seg.

(2) L. 1. pr. D. *de success. ed.* (38. 9.)

(3) L. 1. pr. D. cit.

(4) Nel mancare degli eredi testamentarii venivano certamente gli eredi *ab intestato*, ma per questi valeva il principio: *in legitimis hereditatibus non est successio* V. § 370.

(5) *Fabricius* l. c. p. 17. seg. ritiene questo come lo scopo principale e per conseguenza riguarda la *bonorum possessio* originariamente come una *bonorum possessio litis ordinandae gratia data*; ma il luogo di Cic. in Verr. II. 1. c. 44-46., che egli arreca, per lo meno non prova ciò, e non si può ben vedere come la *bon. poss.* avesse po-

furon chiamate *successorium Edictum*. Ma colui che secondo la forma Pretoria avea richiesto ed ottenuto il patrimonio non chiamavasi *heres*, ma sibbene *bonorum possessor*, e così pure il suo rapporto all'eredità veniva indicato come un semplice possesso della medesima, *bonorum possessio* (6), nel che si distinse la *b. p. secundum tabulas* (*scilicet testamenti*) la *b. p. intestati*, e la *b. p. contra tabulas* (*scilicet testamenti*), secondo che il *bonorum possessor* avea conseguito il possesso come erede testamentario, o come erede *ab intestato*, o come erede legittimario contro un testamento (7).

2.° Il dritto di successione fu molto ampliato, mentre l'Editto del Pretore 1) dichiarò validi parte testamenti interi, e parte alcune singole istituzioni di erede, a cui mancavano i requisiti del dritto civile, e per conseguenza ammise alla *b. p. secundum tabulas* degli eredi testamentarii, che il dritto civile rigettava (8), 2) ammise tra gli eredi intestati chiamati alla *b. p. intestati* i parenti ed il conjuge del defunto, che secondo il dritto antico non aveano avuto alcun dritto ereditario, e li distribuì in quattro ordini (9), e 3) finalmente accrebbe anche il numero degli eredi legittimarii, che poteano conseguire la *b. p. contra tabulas* (10). Queste ampliazioni del dritto ereditario non stavano però in alcuna necessaria connessione con la *bonorum possessio*, la cui essenza poggiavasi soltanto sulla nuova forma di accettazione, e bisogna guardarsi dall'errore di comprendere tra i *bonorum possessores* semplicemente i nuovi eredi pretorii (11). La distinzione di *bonorum possessio edictalis* e *decretalis* (12) si riferiva solo a ciò, che la pratica in parte andò anche più innanzi che l'Editto, ed in più casi ad alcune persone, le quali secondo le parole dell'Editto o in generale, o nelle attua-

tuto essere di gran necessità per questo scopo; ad ogni modo qui non è da pensare a ciò che i Romani chiamavano la *b. p. litis ordinandae gratia*, cioè la *b. p. intestati*, che i figliuoli emancipati doveano domandare per poter promuovere la *querela inofficiosi*; imperocchè essi come eredi pretorii senza ottenere la *b. p.* in generale non aveano alcun dritto ereditario. V. appresso § 350. Nota 25.

(6) Intorno alla ragione veggasi § 303. Nota 21-27.

(7) Ulp. XXVIII. 1-9.; § 3. J. *de bon. poss.* (3. 9.)

(8) Caj. II. 147. seg.; pr. J. *de bon. poss.* (3. 9.); L. 12. pr. L. 17. D. *de injusto* (28. 3.) L. 1. § 8-11. D. *de b. p. s. t.* (37. 11.). Le singole estensioni della successione testamentaria mediante la *b. p. s. t.* s'indicheranno dove sarà il luogo di doverne trattare p. es. § 319. e 348., ma non formano per sè stesse alcuna partizione nel sistema.

(9) Caj. III. 18. seg. V. § 337.

(10) Caj. II. 135-137. V. § 348.

(11) Non si oppone § 2. J. *de bon. poss.* (3. 9.)

(12) *Lohr* nel mag. per la legislazione e giurisprudenza vol. II. p. 437. seg.

li circostanze non poteano avervi alcuna pretensione, concedeva la *bonorum possessio*, perchè lo trovava giusto o conforme all'intenzione ed allo spirito dei principii del dritto di successione pretoria; or la *bonorum possessio*, il cui dritto era fondato nelle disposizioni dello stesso editto fu detta *b.p. edictalis* (13),ed al contrario la *bonorum possessio*, che si fondava soltanto sopra un'estensione della pratica, fu detta *b. p. decretalis*, come se il dritto alla medesima non fosse dato che pel Decreto del Pretore che concedeva la immissione nel possesso (14).

b.) Successorium edictum. (*)

§ 308. Ciò che avea di proprio la nuova forma di adizione, nella quale non si facea veruna differenza tra eredi necessarii e volontarii (1), stava in ciò che l'erede innanzi all'Autorità, originariamente in Roma innanzi al Pretore, e nelle Provincie innanzi al Preside, ma per la disposizione di Costantino innanzi al Giudice locale del defunto (2) richiedeva la successione, il che dicevasi *agnoscere* s. *petere* s. *admittere bonorum possessionem*. A siffatta richiesta erano ammessi per l'Editto tutti coloro che aveano per sè una causa di successione (3), sia che questa fosse un testamento, o una parentela che dava dritto alla successione, o un matrimonio col defunto, sia che il loro dritto ereditario fosse di già fondato sul dritto civile, o venisse soltanto dal dritto Pretorio. Fu anche nell'Editto promessa anticipatamente la *bonorum possessio* a coloro, i quali per l'avvenire avrebbero per qualche nuova legge acquistato un dritto ereditario (4). Ma la richiesta dovea seguire fra un termine determinato, il quale per gli ascendenti e discendenti del defunto era un *annus utilis*, ma per gli altri, solo 100 *dies utiles* (5). Dopo il decorrimento di questo termine a coloro che si erano presentati, ed aveano dimostrato una legittima causa di successione il

(13) L. 30. § 1. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 1. § 4. D. *si tab. test. nullae extant* (38. 3.)

(14) L. 1. § 7. D. *de success. ed.* (38. 9.) V. § 303. Nota 7. § 338. e § 368. Nota 2. e 3.

(*) *Seger* de successor. edicto. Lipsia 1768. 4.

(1) L. 1. § 11. D. *de success. ed.* (38. 9.)

(2) Cic. in Verr. II. 1. c. 44-46.; L. 2. § 3. D. *quis ordo* (38. 15.) L. 9. C. *qui admitti ad b. p. poss.* (6. 9.) § 10. J. *de bon. poss.* (3. 9.)

(3) Theoph. III. 9. § 10.

(4) § 7. J. *de bon. poss.* (3. 9.) L. un. D. *ut ex legib.* (38. 14.)

(5) § 9. 10. J. *de bon. poss.* (3. 9.) L. 2. D. *quis ordo* (38. 15.) L. 1. § 8-16. D. *de success. ed.* (38. 9.) L. 4. L. 9. D. *de bon. poss.* (37. 1.)

magistrato concedeva la *missio in possessionem bonorum* (6), il che nella *b. p. edictalis* poteasi fare mediante un *Decretum de plano*, ma nella *b. p. decretalis* si richiedeva un Decreto formale pronunziato *pro Tribunali* (7), e probabilmente l'immesso nel possesso otteneva per sua legittimazione un attestato scritto intorno a ciò (8). Se quei che si erano fatti a domandare non aveano un dritto eguale, naturalmente solo i più prossimi ottenevano l'immissione nel possesso; ma non si avea nessun riguardo per coloro che non s'erano presentati, ancorachè ad essi appartenesse un dritto ereditario uguale o anche più forte (9). Eravi intanto una imperfezione, che il termine, nel quale si dovea far la domanda, non decorreva una sola volta per tutti gli eredi, ma solo successivamente per le diverse specie ed ordini di eredi, cosicchè per l'ordine seguente la delazione della successione, ed anche il dritto stesso di domandare non cominciava se non quando niuno dell'ordine precedente erasi presentato nel termine legale; e per questo rapporto non giovava neppure che alcuno avesse fatta la domanda anticipatamente prima che fosse venuta la volta del suo ordine (10). Secondo ciò dovea in prima aspettarsi che decorresse il termine per gli eredi testamentarii. Ma in questo medesimo tempo doveano far la domanda non solo anche i sostituti, allorchè erano stati nominati, ma eziandio gli eredi legittimarii, che per ventura pretendessero alla *bonorum possessio contra tabulas*. Soltanto dopo che niuno avea ottenuto nè la *b. p. secundum tabulas* nè la *b. p. contra tabulas*, potevano presentarsi gli eredi ab intestato, ma neppure tutti in una volta; imperocchè del pari non era ammesso in primo luogo che il primo ordine, e solo allorchè il termine era per esso inutilmente trascorso, ammettevasi il secondo, e così di seguito per tutt'i quattro ordini (11). Per tal modo era per verità pos-

(6) L. 2. § 11. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.) Val. Max. VII. 7. c. 3-7.; la seconda Storia del dritto di *Hugo* p. 613.

(7) L. 3. § 8. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 2. § 1. D. *quis ordo* (38. 15.) Confr. L. 9. § 1. *de off. procons.* (1. 16.) L. 2. L. 3. L. 7. § 1. D. *de confirm. tut.* (26. 3.)

(8) Almeno Ottaviano ne ottenne uno di tal fatta quando egli domandò la *bonorum possessio* dopo Cesare. Appian. de bello civ. III. 14.

(9) Caj. III. 36. 37.; Ulp. XXVIII. 11.; L. 3. § 5. L. 4. L. 5. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 1. § 10. D. *de success. ed.* (38. 9.) L. 1. § 2. 3. D. *si tab. test.* (38. 6.) L. un. C. *quando non pet. part.* (6. 10.) L. 3. C. *unde liberi* (6. 14.) L. 1. L. 2. C. *de success. ed.* (6. 16.) § 9. J. *de bon. poss.* (3. 9.) Confr. anche L. 2. pr. L. 9. L. 14. L. 16. pr. D. *de bon. libert.* (38. 2.)

(10) L. 9. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 5. C. *qui admitti ad bon. poss. possunt.* (6. 9.) V. Nota 31.

(11) L. 12. pr. L. 17. D. *de injusto* (28. 3.) L. 12. D. *de carbon. ed.* (37. 10.) L.

sibile che, allorquando la successione veniva ad un ordine posteriore, perchè niuno dell'ordine precedente avesse fatto valere il suo dritto, e vi erano nondimeno effettivamente delle persone dell'ordine precedente, le quali avean soltanto trascurato di presentarsi a tempo; queste potessero ancora presentarsi nell'ordine che si trovava successivamente chiamato, purchè rispetto al loro grado di successione appartenessero eziandio a quest'ordine, ed in tal caso non godeano di niuna preferenza rispetto agli altri eredi di quest'ordine (12); ma nondimeno per la successiva chiamata degli eredi lo scopo particolare del *successorium edictum*, di aver subito un possessore del patrimonio, rendevasi vano in gran parte, quando non vi erano che eredi di ordini più lontani, o almeno i più prossimi lasciavano trascorrere il termine. Nonpertanto questo procedimento potevasi del tutto abbreviare quando era certo, che non vi fossero eredi di un certo ordine, o quando costoro espressamente rinunziavano, imperocchè allora non era mestieri aspettare che decorresse il termine spettante a questo tale ordine (13). Nella *agnitio* della *bonorum possessio* generalmente erano ammessi i procuratori (14); ma le condizioni e restrizioni dell'accettazione non erano più ammesse in questa, che nell'adizione secondo il dritto civile (15). Per contrario agli eredi testamentarii nella presupposizione che concorressero gli altri requisiti della delazione, non era di ostacolo che fossero stati istituiti condizionalmente (16); soltanto questi allora doveano prestar cauzione per la restituzione dell'eredità, se la condizione fosse venuta a mancare (17). Eranvi ancora parecchi casi speciali, nei quali alcuno potea provvisoriamente ottenere la *bonorum possessio*, sebbene il suo dritto ereditario non fosse ancora decisamente stabilito, o almeno gli mancasse la capacità di acquistare incontanente l'eredità (18). Per ciò che riguarda l'effetto della immissione in possesso dell'eredità, il *bonorum possessor* stava in generale *loco heredis* avendo

2. pr. § 4. D. *de bon. poss. sec. tab.* (37. 11.) L. 1. pr. § 11. D. *de success. ed.* (38. 9.) L. 4. § 1. D. *quis ordo* (38. 15.) § 8. J. *de bon. poss.* (3. 9.)

(12) L. 1. § 11. D. *de success. ed.* (38. 9.) L. 2. pr. D. *unde liberi* (38. 7.)

(13) L. 1. § 6. D. *de success. ed.* (38. 9.)

(14) L. 3. § 4. 7. L. 7. L. 8. L. 11. L. 15. L. 16. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 24. pr. D. *rat. rem. hab.* (46. 8.) L. 7. C. *qui admitti ad bon. poss. possunt.* (6. 9.) Cic. pro Flacco c. 34.

(15) L. 75. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(16) L. 23. pr. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 3. § 13. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 2. § 1. L. 5. pr. L. 6. L. 10. D. *de b. p. s. t.* (37. 11.)

(17) L. 12. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.) L. 8. pr. *de stipul. praetor.* (46. 5.)

(18) V. appresso § 361-364.

tutt' i dritti e doveri di un erede (19), ed escludeva anche per sempre gli eredi più lontani (20). Intanto non era solo una pura differenza di nome se non chiamavasi padrone, *heres*, ma semplicemente possessore del patrimonio. Imperocchè 1) la *bonorum possessio* come un modo di acquisto pretorio rispetto alle cose ereditarie produceva un semplice *in bonis esse*, il quale solo coll' usucapione poteasi trasformare in una vera proprietà (21). 2) Inoltre essa poteva tendere semplicemente ad un possesso condizionale o provvisorio (22), di cui non si tratta mai nell'adizione secondo il dritto civile (23), ed anche 3) nei casi ordinarii non assicurava necessariamente un dritto definitivo e permanente all'eredità. Cioè sebbene allora tutti gli eredi posteriori di ordine fossero al tutto esclusi, pure ciò non valeva assolutamente anche per gli eredi del medesimo o di un precedente ordine. Per verità se quelli, che aveano ottenuto la *bonorum possessio*, erano effettivamente essi medesimi e soli i più prossimi eredi, allora l'eredità era ad essi assicurata per sempre, nello stesso modo che se l'avessero accettata secondo il modo del dritto civile; ma quando vi erano eredi più prossimi o di egual grado, che non si erano presentati, allora era da vedere se questi appartenevano ai nuovi eredi pretorii, o agli antichi *heredes juris civilis*. Nel primo caso la *bonorum possessio* dava parimente un dritto definitivo; imperocchè gli eredi pretorii non potevano adire che nel modo pretorio; per essi la *bonorum possessio* era necessaria, cioè era la necessaria condizione della successione, e per conseguente se non si erano presentati, l'eredità era perduta per essi (24). Per contrario per gli eredi civili o testamentarii o legittimi, purchè avessero il più prossimo dritto di eredità, la *bonorum possessio* era semplicemente *utilis*, un mezzo utile per assicurar loro la successione, affinchè non fossero obbligati, d'intentare da prima un'azione per richiedere l'eredità; ma essi non erano tenuti a domandare la *bonorum possessio*, e quantunque non l'avesser richiesta, nondimeno poteano sempre adire nella forma civile, e quindi far valere contro il *bonorum possessor* il loro dritto ereditario più forte o eguale per via di azione mediante la *hereditatis petitio*; imperocchè il Pretore introducendo la sua nuova forma di adizione non a-

(19) Caj. III. 35-38. IV. 34.; Ulp. XXVIII. 12.; § 2. J. *de bon. poss.* (3. 9.) L. 1. L. 2. L. 3. § 9. L. 4. L. 5. D. *eod.* (37. 1.) L. 13. pr. D. *de b. p. c. t.* (37. 4.)
(20) L. 2. D. *de success. ed.* (38. 9.)
(21) Caj. III. 80. Ciò veniva indicato come una *usucapio pro herede*.
(22) V. Nota 16-18.
(23) Quì valeva la regola: *Semel heres, semper heres.*
(24) L. 4. C. *qui adm. ad bon. possess. poss.* (6. 9.)

vea potuto toglier loro l' adizione secondo i principii del dritto civile (25). A ciò si riferiva la distinzione di *bonorum possessio cum* e *sine re*, giacchè dicevasi *b. p. cum re*, quando niuno potea torre l' eredità al *bonorum possessor*, per contrario dicevasi *b. p. sine re*, allorchè eravi un erede civile più prossimo o egualmente prossimo, a cui il *bonorum possessor* sulla richiesta di lui dovea cedere in tutto o in parte (26). Nondimeno questo dritto dell' erede civile estinguevasi per l' usucapione, tostochè il *bonorum possessor* per tutto il tempo dell' usucapione era rimasto in possesso delle cose ereditarie, eccetto, almeno per gli ultimi tempi, se l'erede civile fosse un *suus heres* del defunto (27). Ma sebbene questi principii nel tutto insieme sussistano ancora nel dritto di Giustiniano, pure per alcune posteriori modificazioni han perduto gran parte della loro importanza. Il primo passo in questo rapporto può ben vedersi nell' ammissione del principio, che quando sono istituite eredi persone morali (28), il magistrato dee di uffizio anche senza richiesta conceder loro la *bonorum possessio* (29). Ma di poi Costantino dispose che tutti i parenti del defunto, i quali per ignoranza, assenza, o altre ragioni abbiano lasciato trascorrere il termine per far far la domanda, non altrimenti che gli eredi civili, possano in ogni tempo far valere il loro dritto ereditario contro il *bonorum possessor* (30), e che anche una domanda fatta prima del tempo debba riguardarsi come valida (31).

(25) Non si oppone Valer. Max. VII. 7. § 5., il quale riferisce soltanto un atto di arbitrio.

(26) Caj. II. 118. seg. 148. seg. III. 35-38.; Ulp. XXIII. 6. XXVIII. 13.; § 1. J *de bon. poss.* (3. 9.) L. 15. pr. L. 22. D. *de legatis praest.* (37. 5.) L. 10. D. *de collat.* (37. 6.) L. 91. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 25. C. *de inoff. test.* (3. 28.) *Hugo* diss. cit. ; la seconda storia del dritto del medesimo p. 584. seg. ; *Lohr.* l. c. vol. III. p. 281. seg.

(27) L. 2. C. *de usuc. pro her.* (7. 27.) L. 8. C. *de jure delib.* (6. 3.) Confr. con Caj. III. 201. Anche questo vien chiamato una *usucapio pro herede.*

(28) In quanto al tempo dopo del quale ciò potè accadere veggasi il § 316. e 318.

(29) L. 3. § 4. D. *de bon. poss.* (37. 1.)

(30) L. 8. C. *qui admitti ad b. p. poss.* (6. 9.). Dopo quel tempo la *bonorum possessio* di ogni erede che non fosse il più prossimo era propriamente *sine re*, salvo quando il più prossimo avesse espressamente rinunziato, la qual cosa la L. 9 C. Th. *de legit. hereditat.* (5. 1.) precisamente esprime per rispetto alla *b. p. unde vir et uxor*, quando vi erano dei parenti, e da ciò venne l' abitudine di considerare come contraria al dritto la *bonorum possessio*, che senza una rinunzia si concedesse ad un parente più lontano, il che di rado si domandava; e da ciò provenne anche la conseguenza che le antiche espressioni *bon. poss. cum* e *sine re* caddero in disuso.

(31) L. 9. C. *eod.*

V. Azioni ereditarie:

1) *Hereditatis petitio.*

A. Condizioni, applicazione, e natura giuridica.

§ 304. A far valere il dritto di eredità si fa uso della *hereditatis petitio*, la quale compete non pure all'erede propriamente detto, ma eziandio in generale a chiunque sta *loco heredis* (1), e per conseguenza anche agli altri successori universali per causa di morte (2), come pure a coloro che son subentrati nel posto di un erede (3), ed ha luogo: 1) contro chiunque possiede l'eredità o qualche cosa di essa, ovvero delle cose, per le quali l'eredità è risponsabile (4), o contro colui che si dà per possessore, *qui liti se obtulit* (5); 2) contro colui che ha posseduto cose ereditarie, ed o ha cessato di possederle per dolo (6), o ne ha ricevuto un prezzo (7), o le ha perdute in modo che per tal perdita gli competano delle azioni contro i terzi (8), altrimenti non v'è luogo ad azione contro di lui (9); 3) finalmente anche contro il così detto *juris possessor*, pel quale qui s'intende colui, sulle cose del quale competono de' dritti ereditarii (10), o colui che al defunto è debitore di qualche cosa (11). Ma sempre si presuppone che il convenuto non si fondi sopra una ragione speciale, la quale non sia in opposizione col dritto di successione dell'attore, nel qual caso si dee inten-

(1) Anche al possessore del patrimonio falsamente tenuto per morto, ed il cui patrimonio per conseguenza troppo presto era venuto in mano dei suoi eredi, dovea *utiliter* concedersi l'azione per la restituzione.

(2) L. 20. § 6. 7. 10. L. 54. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 1. L. 2. D. *de poss. her. pet.* (5. 5.)

(3) L. 2. L. 3. L. 48. L. 54. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 1-3. D. *de fideic. her. pet.* (5. 6.) L. 65. L. 70. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 191. D. *de R. J.* (50. 17.)

(4) L. 4. L. 9. L. 10. pr. L. 19. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.)

(5) L. 13. § 13. L. 45. D. *eod.*

(6) L. 13. § 2. 14. L. 25. § 2-8. L. 36. § 2. e 3. D. *eod.* L. 95. § 9. D. *de solut. et liberat.* (46. 3.)

(7) L. 13. § 4. e 5. L. 16. § 1. 2. 5. L. 33. L. 34. L. 35. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 10. D. *si pars. her. pet.* (5. 4.)

(8) L. 16. § 4. 7. L. 40. § 2. D. *de her. pet.* (5. 3.)

(9) L. 13. § 2. 5. L. 20. § 6. L. 57. D. *eod.*

(10) L. 13. § 15. L. 19. § 3. D. *eod.*

(11) L. 13. § 15. L. 14. L. 15. L. 16. pr. § 1-3. L. 42. D. *eod.*

tare quell' azione, che il defunto medesimo avrebbe dovuto usare (12), ma sibbene si difenda per un titolo universale, cioè in forza di una ragione che riguarda il dritto alla *universitas* (13), quando cioè egli o 1) possiede *pro herede*, cioè sostiene di essere lo stesso erede, o di stare *loco heredis* (14), ovvero 2) possiede *pro possessore* come *prædo* cioè non pretende alcun dritto sul patrimonio, ma non vuole neppure riconoscerne alcuno nell'attore (15), e qui sulla richiesta dell'avversario egli dee intorno a ciò precisamente dichiararsi, se intenda possedere nel primo modo o nel secondo (16). Quest'azione appartiene alle *actiones in rem* (17); nondimeno in quanto la medesima può anche semplicemente aver luogo per la riscossione di un credito, quando un debitore ereditario non vuol soddisfare l'attore solo perchè nol riconosce come erede (18), viene annoverata tra le azioni miste (19), ed allora è trattata come azione di buona fede (20). Siccome la quistione in questo giudizio è sempre se l'*universitas hereditatis* appartenga all'attore, anche quando il convenuto non abbia nelle sue mani che qualche cosa particolare della medesima (21), così l'*hereditatis petitio* chiamasi *actio universalis* s. *de universitate* (22). Nondimeno non è necessario che l'attore pretenda tutta l'eredità; anzi allorchè egli sostiene di non essere che uno di più coeredi, la sua azione, che allora vien detta *hereditatis petitio partiaria* (23), non può esser diretta che ad una proporzionata parte ideale di ciò che il convenuto possiede (24). Rispetto alla causa di successione, quest' azione si divide in *hereditatis petitio testamentaria* ed *ab*

(12) L. 4. C. *in quib. caus. cessat L. t. pr.* (7. 34.) L. 7. C. *de hered. pet.* (3. 31.) L. 10. D. *si pars hered. pet.* (6. 4.)
(13) L. 7. L. 11. C. *de her. pet.* (3. 31.) *Thibaut* nell' Arch. per la prat. civ. vol. VII. n. 12.
(14) L. 9. L. 10. L. 11. pr. L. 13. § 3-12. L. 20. § 12. 13. D. *eod.* L. 33. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 126. pr. L. 128. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 1. C. *de inoff. test.* (3. 28.)
(15) L. 11. § 1. L. 12. L. 13. pr. § 1. 8. L. 16. § 4. L. 25. § 2. 3. D. *de her. pet.* (5. 3.)
(16) L. 11. D. *eod.*
(17) L. 25. § 18. L. 49. D. *eod.* L. 27. § 3. D. *de rei vind.* (6. 1.)
(18) V. i luoghi citati nella nota 11.
(19) L. 25. § 18. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 7. C. *eod.*
(20) § 28. J. *de act.* (4. 6.) L. 12. § 3. C. *eod.*
(21) L. 10. D. *eod.* L. 1. § 1. D. *si pars. her. pet.* (5. 4.) L. 8. D. *de rei vind.* (6. 1.)
(22) L. 1. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.)
(23) Tit. D. *si pars. hereditatis petatur* (5. 4.)
(24) L. 10. § 1. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 1. § 1-4. D. *si pars. her. pet.* (5. 4.)

testato, secondo che l'attore viene come erede testamentario, o legittimo (25). In quest'ultimo caso quando essa va congiunta coll'impugnazione di un testamento, se ciò avviene 1) per la ragione che il testamento sia nullo, allora si suol nominare *querela nullitatis*, imperocchè essa qui contiene anticipatamente la replica della nullità contro l'attesa *exceptio testamenti* (26); per contrario 2) se il testamento s'impugni per la ragione che siano stati lesi gli eredi legittimarii, allora l'azione addimandasi querela *inofficiosi testamenti*, la quale ha parecchie particolarità sue proprie (27). Tra queste proprie particolarità si annovera anche un termine speciale di prescrizione (28), mentre negli altri casi la *hereditatis petitio* non si prescrive che in trent'anni (29). Quì la *praescriptio longi temporis* come in tutte le azioni miste non è ammessa (30). Ma per contrario riguardo alle cose ereditarie si può bene alcuno difendere con l'usucapione contro l'*hereditatis petitio* (31); originariamente anzi si ammetteva che colle cose ereditarie si usucapisse l'intera eredità, allorchè si erano possedute assolutamente *pro herede* (32), ma ciò più tardi fu rigettato dalla giurisprudenza (33). Nel caso che si rifiutasse di fare il rilascio, anticamente per analogia dell'interdetto *quem fundum*, che avea luogo nella *rei vindicatio*, si dava anche l'interdetto *quam hereditatem* per la *hereditatis petitio* (34); ma nel dritto di Giustiniano non si trova più nulla di ciò. Quest'azione può intentarsi anche nel foro competente del defunto, non semplicemente

L. 1. § 4. D. *de her. inst.* (28. 5.) § 5. J. *eod.* (2. 14.). Del resto più coeredi possono anche agire in comune L. 63. D. *de re judicata* (42. 1.)

(25) L. 1. D. *de her. pet.* (5. 3.)

(26) Questa denominazione ha avuto occasione della L. 47. D. *eod.*

(27) V. appresso § 350.

(28) V. § 350. Nota 22.

(29) Una eccezione indiretta trovasi ancora nel *bonum vacans*; V. appresso § 343, Nota 7.

(30) L. 7. C. *de her. pet.* (3. 31.) L. 8. C. *de jure delib.* (6. 30.) L. 4. C. *in quib. caus. cessat l. t. praescr.* (7. 34.)

(31) L. 29. L. 36. § 1. D. *de usurpat.* (41. 3.); Cic. *de legib.* II. 19. Caj. III. 201.; Plin. Epist. V. 1. Confr. anche L. 18. D. *eod.* § 9. J. *de usuc.* (2. 6.)

(32) Caj. II. 53. 54.

(33) Al tempo di Cicerone pare che la *usucapio hereditatis* fosse ancora riconosciuta Cic. ad Attic. I. 5.; ma presso Seneca si trova già la teorica opposta presentata da Cajo II. 54. Quando Seneca de benef. VI. 5. dice intorno a ciò: « jureconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea quae in hereditate sunt; tanquam quidquam aliud sit hereditas quam ea, quae in hereditate sunt » ciò dimostra soltanto che egli era più adusato alle nozioni etiche che alle giuridiche.

(34) Ulpiani institutionum fragmentum ed. *Endlicher* p. 7.

nel domicilio del convenuto (35). Se la lite intorno all'eredità sia rimossa per via di transazione, i creditori e i legatarii debbono lasciar valere la transazione, in quanto non contenga delle convenzioni speciali sulle loro pretese; imperocchè queste tali convenzioni non obbligano che i soli transigenti (36). Il somigliante vale per rispetto ai legatarii, allorchè il giudice ha pronunziato sul dritto ereditario, mentre al contrario i creditori non sono obbligati da questa decisione (37). Nondimeno i legatarii, finchè la sentenza non è passata in giudicato, possono appellarne (38), e compete loro anche l' *actio de dolo* contro il gravato, il quale maliziosamente ha rinunziato per transazione al suo dritto ereditario, ovvero per sua colpa lo ha fatto rigettare dal giudice (39).

B. Prestazioni del convenuto.

§ 305. Se il convenuto non è semplicemente un tale *qui liti se obtulit*, il quale dee risarcire all'attore solamente il danno cagionatogli per avergli fatto sostenere un giudizio inutile (1), allora l'oggetto della *hereditatis petitio* è tutto ciò che appartiene all'eredità, e che il convenuto possiede o ha posseduto, tanto se prima della lite quanto se durante il giudizio sia pervenuto nel suo possesso (2). Si reputa qui come parte dell'eredità anche 1) ciò che dopo la morte del testatore si è venuto ad aggiungere alla massa (3), come pure 2) le cose altrui, che il defunto possedeva, in quanto l'erede sia per esse responsabile rispetto ai proprietarii, o abbia sopra di esse un dritto di ritenzione (4). Tutto ciò che si dee restituire dal convenuto, si dee dare *cum omni causa*, colle pertinenze, coi frutti, col ristoro dei danni etc. (5). Nondimeno queste regole nel particolare son soggette a parecchie modificazioni, che in parte provengono da un *Sctum Juventianum* sotto Adriano (6), il quale in vero riguardava solamente la *haereditatis petitio* del Fisco, ma fu poi generalmente applicato (7). Si fa soprattutto una gran

(35) L. 19. pr. D. *de judic.* (5. 1.) L. 3. C. *ubi de hered.* (3. 20.)
(36) L. 14. D. *de transact.* (2. 15.)
(37) L. 3. pr. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 13. D. *de inoff. test.* (5. 2.)
(38) L. 29. pr. D. *eod.* L. 5. § 1. 2. L. 14. pr. D. *de appellat.* (49. 1.)
(39) L. 5. § 3. 4. L. 14. § 1. D. *eod.* L. 50. § 1. D. *de legat.* I. (30.)
(1) L. 45. D. *de her. pet.* (5. 3.)
(2) L. 4. L. 18. § 1. L. 41. pr. D. *eod.*
(3) L. 20. pr. § 1-3. L. 25. § 20. L. 26. L. 27. L. 32. D. *eod.*
(4) L. 19. pr. § 2. D. *eod.*
(5) L. 20. § 2. L. 26-30. L. 31. § 2. L. 36. § 2. D. *eod.*
(6) L. 20. § 6. D. *eod.*
(7) L. 20. § 9. 16. D. *eod.*

differenza se il convenuto sia in buona o mala fede, giacchè il *bonae fidei possessor* in generale non è tenuto se non in quanto al tempo del giudizio si trovi realmente arricchito (8); la qual differenza nondimeno cessa col principio della lite, cosicchè il possessore di buona fede da questo momento è risponsabile come il possessore di mala fede per tutto ciò che di poi avrà conseguito, perduto, o fatto (9). Sotto alcuni rapporti si vuole anche por mente se il convenuto possegga *pro herede*, o *pro possessore* (10). Se l'attore si fa innanzi con la sola *hereditatis petitio partiaria*, allora s'intende di per sè che di tutto ciò che il convenuto altrimenti dovrebbe prestare non può richiedergli se non una parte corrispondente alla sua quota ereditaria (11). In conformità degli anzidetti principii il convenuto oltre delle originarie cose ereditarie, che tuttora effettivamente possiede, deve anche restituire:

1.° 1) Ciò che egli ha acquistato per gli oggetti ereditarii, e per conseguenza A. le cose, che col danaro ereditario ha comperate o colle cose ereditarie ha permutate (12), compreso anche ciò che per le donazioni di cose ereditarie gli è stato a vicenda donato, giacchè siffatte donazioni rimuneratorie si ritengono quì come una specie di permuta (13); B. il prezzo ricevuto per le cose ereditarie alienate (14), e quì un possessore di mala fede non viene neppur liberato, se procuri nuovamente le cose medesime, allorchè il prezzo, che ha ricevuto eccede il valore delle cose (15) C. I crediti risultanti da prestito del danaro ereditario, e l'attore ha la facoltà di scegliere se voglia la cessione del credito, o il pagamento della somma; soltanto, allorchè si richiede questa somma, un possessore di buona fede non è tenuto a pagare eziandio l'ammontare degl' interessi arretrati (16); D. i dritti alle controprestazioni, allorchè il convenuto non ancora ha ricevuto ciò che dovea avere pel danaro o per le cose ereditarie ad altri trasferite, nel qual caso deve almeno cedere la sua azione ad esigere siffatta prestazione (17). 2) I crediti e i dritti, che

(8) L. 20. § 6. L. 25. § 15. L. 36. § 4. D. *eod.*
(9) L. 20. § 6. L. 25. § 7. L. 31. § 3. D. *eod.* L. 1. L. 2. C. *eod.*
(10) L. 25. § 2. L. 31. § 4. D. *eod.*
(11) L. 1. § 3. D. *si pars hered. pet.* (5. 4.) L. 10. § 1. D. *de her. pet.* (5. 3.)
(12) L. 20. pr. § 1. D. *eod.*
(13) L. 25. § 11. D. *eod.*
(14) L. 16. § 1. 2. L. 20. § 6. L. 22. L. 23. L. 25. § 1. 17. L. 34. § 1. L. 36. pr. D. *eod.*
(15) L. 22. D. *eod.*
(16) L. 30. D. *eod.*
(17) L. 16. § 5. e 7. L. 18. pr. L. 35. D. *eod.*

il convenuto come possessore dell'eredità per qualsivoglia ragione ha conseguiti (18). 3) Ciò che il convenuto ha esatto dai debitori dell'eredità (19). 4) Ciò che ha procurato per l'eredità, quantunque a sue proprie spese, le quali però gli debbono allora venir rimborsate (20). 5) Ciò, di che egli medesimo è debitore all'eredità (21). 6) Ciò che mediante le cose ereditarie si è acquistato (22), come pure 7) tutti i proventi degli oggetti ereditarii, che son riguardati siccome un accrescimento dell'eredità medesima (23), come i frutti, compresi i frutti di frutti (24), il prezzo di locazioni o colonie (25), gl'interessi (26) etc: 8) Finalmente anche i guadagni e i vantaggi accidentali, che il possesso dell'eredità gli ha arrecati (27), ad eccezione dei vantaggi turpi (28), degli *indebita*, che gli fossero stati pagati (29), e delle pene private, che avesse ottenute per essere stato interamente espulso dal possesso (30).

2.° Inoltre in parecchi casi il convenuto dee prestare il valore. Ciò può incontrare 1) allorchè egli non ha più qualche cosa, che secondo le predette regole dovrebbe conseguare, in quanto essa non sia tornata a vantaggio dell'eredità, o non sia stata impiegata pei funerali del morto (31). Non per tanto si hanno a fare quì parecchie distinzioni. A. Il convenuto anche se è un possessore di buona fede dee sempre rimborsare ciò che ha speso e consumato, imperocchè egli con usar delle cose dell'eredità ha risparmiato il suo proprio patrimonio, e per conseguenza si è arricchito. Soltanto, allorchè un possessore di buona fede per causa dell'eredità si è indotto a fare delle spese più grandi, non è tenuto a rimborsare quelle spese, che egli altrimenti non avrebbe fatte, e per le quali in conseguenza niente ha risparmiato del

(18) L. 16. § 4. 7. L. 17. L. 40. § 2. D. *eod.*
(19) L. 25. § 18. L. 31. § 5. D. *eod.*
(20) L. 20. pr. D. *eod.*
(21) L. 16. pr. D. *eod.*
(22) L. 32. D. *eod.*
(23) L. 20. § 3. L. 25. § 20. L. 27. L. 40. § 1. D. *eod.*
(24) L. 26. L. 40. § 1. D. *eod.* L. 1. C. *eod.*
(25) L. 27. § 1. L. 29. D. *eod.*
(26) L. 20. § 6. D. *eod.*
(27) L. 23. § 1. L. 25. pr. L. 28. L. 55. D. *eod.*
(28) L. 52. D. *eod.*
(29) L. 20. § 18. D. *eod.*
(30) L. 21. D. *eod.*
(31) L. 5. pr. L. 31. pr. L. 50. § 1. D. *eod.*

suo (32). B. Se il convenuto ha perduto o distrutto ciò che manca, allora il possessore di mala fede è risponsabile per ogni colpa (33), e dopo contestata la lite, anche per gli avvenimenti fortuiti (34); ma al contrario il possessore di buona fede in generale non è risponsabile se non per la perdita da lui cagionata dopo contestata la lite (35), eccetto allorchè si sia spogliato di una cosa dolosamente (36), ovvero per una colpa, per la quale si può intentare l'*actio legis Aquiliae* (37). Nel caso del dolo l'attore può valutare il danno mediante il suo *juramentum in litem* (38). C. Se alcune cose o crediti o altri dritti, per aver trascurato di agire a tempo, siensi perduti per la prescrizione o per la sopravvenuta insolvibilità del debitore, allora per regola anche un possessore di mala fede non può esserne risponsabile, se non quando possiede *pro herede*, imperocchè solo un tal possessore dell'eredità ha il dritto di far valere i dritti dell'eredità contro i terzi (39). Intanto se il convenuto abbia acquistato un credito mediante un mutuo di danaro ereditario, dee sempre risponderne (40), il che è da applicarsi anche al caso che il convenuto mediante novazione abbia fatti suoi i crediti ereditarii. D. Se si è data qualche cosa per ottenere un'altra prestazione, l'attore, trattandosi di un possessore di buona fede dee in vero star contento a ciò che questi ne ha ricevuto, ed anche alla cessione dell'azione per la controprestazione, se questa non siasi ancora ricevuta dal convenuto (41); per contrario, se trattasi di un possessore di mala fede, egli può a suo piacere richiedere sia la consegna o il prezzo della prestazione ricevuta, anche nel caso che il convenuto l'abbia perduta senza suo prò, sia il valore delle cose alienate stimato mediante il suo *juramentum in litem* (42). La circostanza che la cosa dopo l'alienazione sia perita per un avvenimento fortuito, e per conseguenza sarebbesi perduta anche per l'attore, non libera mai il convenuto (43). Ma d'altra parte

(32) L. 25. § 5. 12. 16. L. 40. § 1. D. *eod.* L. 1. C. *eod.*
(33) L. 25. § 2. 3. 11. D. *eod.*
(34) L. 40. pr. D. *eod.*
(35) L. 25. § 2. 3. 11; L. 31. § 3. D. *eod.*
(36) L. 13. § 14. L. 25. § 7. 8. L. 31. § 3. D. *eod.*
(37) L. 36. § 2. D. *eod.*
(38) L. 25. § 10. D. *eod.*
(39) L. 25. § 2. L. 31. § 4. L. 49. D. *eod.*
(40) L. 30. D. *eod.*
(41) L. 18. pr. L. 20. § 6. 17. 18. 19. L. 22. L. 23. pr. L. 25. § 11. D. *eod.*
(42) L. 20. § 21. L. 22. L. 36. § 3. D. *eod.*
(43) L. 20. § 21. L. 21. L. 33. § 1. D. *eod.*

tostochè l'attore è stato soddisfatto dal convenuto, cessa la rivendicazione della cosa dalle mani del terzo possessore, anzi anche nel caso che l'attore da un possessore di buona fede non abbia ricevuto nulla per la sola ragione che questi non se ne sia arricchito, eccetto allorchè il terzo non può richiedere dal convenuto alcuna prestazione di evizione (44). 2) Allorchè il convenuto ha trascurato di percepire i frutti e gli utili. Il possessore di mala fede è risponsabile non meno pei frutti trascurati, che per quelli che ha raccolti, anche allorchè neppure l'attore gli avrebbe raccolti (45), e si reputano come frutti trascurati anche i frutti delle cose alienate, salvo allorchè l'alienazione sia avvenuta a bene dell'eredità (46). Per contrario il possessore di buona fede non è tenuto in nessun caso a rimborsare il valore dei frutti trascurati, ma è risponsabile in ogni caso pei frutti consumati, in quanto siasi per essi arricchito (47). Il medesimo vale eziandio per rispetto agli interessi non esatti, pei quali solo un possessore di mala fede è risponsabile (48), ed anche solo nel caso che egli abbia potuto esigerli (49); ma il trascurare di impiegare il danaro ereditario non viene imputato a colpa, neppure pel possessore di mala fede (50), eccetto pel prezzo ritratto dalla vendita di cose ereditarie (51), nel qual rapporto nondimeno la vendita di frutti durante la lite forma anche un'eccezione (52). 3) Allorchè le cose da consegnarsi sono danneggiate e deteriorate per colpa del convenuto, nel qual caso sono applicabili i medesimi principii che riguardano la perdita intera delle cose (53).

C. Dritti del convenuto.

§ 306. Ma anche il convenuto dal suo lato può per diverse ragioni avere dei crediti che potrà far valere per via di deduzione o ritenzione. Gli oggetti di cosiffatti crediti sono: 1) Le spese fatte per le cose

(44) L. 25. § 17. D. *eod.*
(45) L. 25 § 4. 9. L. 40. § 1. L. 56. D. *eod.*
(46) L. 20. § 2. 12. 16. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*
(47) L. 40. § 1. D. *eod.* L. 1. C. *eod.*
(48) L. 30. D. *eod.*
(49) V. i luoghi citati nella Nota 39.
(50) L. 20. § 14. D. *eod.*
(51) L. 20. § 11. 12. 15 16. D. *eod.* L. 1. C. *eod.* L. 1. C. *de his quae ut indign.* (6. 35.)
(52) L. 51. § 1. D. *de her. pet.* (5. 3.)
(53) L. 25. § 2. 3. 7. 8. 10. L. 31. § 3. L. 36. § 2. L. 40. pr. L. 54. § 2. D. *eod.*

ereditarie. Le spese necessarie e le utili debbono qui venir sempre rimborsate ad ogni convenuto, anzi al possessore di buona fede anche nel caso che le cose, intorno alle quali sono avvenute, non esistano più (1). Per contrario per le spese semplicemente voluttuose solo il possessore di buona fede ha dritto al rimborso, mentre il possessore di mala fede non ha altro dritto che quello di toglier via gli abbellimenti (2). 2) Le spese dei frutti. Per tanto il possessore di mala fede può portare a conto solo le spese dei frutti effettivamente restituiti o rimborsati; ma il possessore di buona fede anche quelle fatte pei frutti non raccolti (3). 3) Le spese fatte per ciò che il convenuto di suo proprio danaro ha acquistato per vantaggio dell'eredità (4). 4) In generale tutte le spese che egli ha fatte per gli affari ereditarii (5). 5) Le somme che egli ha pagate ai creditori ereditarii, qui nondimeno un possessore di mala fede dee prestare all'attore la *cautio defensum iri* per rispetto ai creditori soddisfatti (6). 6) L'ammontare dei legati soddisfatti, e ciò senza condizione veruna, se sieno stati pagati all'attore medesimo (7); ma se siensi pagati ad altri, nel solo caso che o tali legati, non divengano nulli per la vittoria dell'attore, o non si possa nulla ricuperare dal legatario, ma in questo caso, per la deduzione che può farsi, deve cedersi all'attore l'azione per la restituzione (8). 7) Quello che il convenuto medesimo può richiedere dall'eredità. Il possessore di buona fede può sempre prelevare ciò, ma il possessore di mala fede al contrario solo quando il suo credito è già scaduto ed esigibile mediante azione, salvo se, nel caso che il credito non fosse munito di azione, l'attore medesimo avesse un interesse all'estinzione del debito, come per causa di una pena convenzionale promessa (9). 8) Le obbligazioni, che il convenuto come possessore dell'eredità ha assunte, dalle quali l'attore o dee liberarlo, ovvero deve per esse prestargli la cauzione *defensum iri* (10).

(1) L. 38. L. 39. pr. L. 51. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.)
(2) L. 39. § 1. D. *eod.*
(3) L. 36. § 5. L. 37. D. *eod.*
(4) 20. pr. D. *eod.*
(5) L. 31. § 3. L. 50. L. 51. pr. D. *eod.*
(6) L. 31. pr. D. *eod.* L. 5. C. *eod.*; *Poetzold* diss. spec. observat. ad leg. 5. C. *de her. pet.* Lipsia 1804. 4.
(7) L. 43. L. 44. D. *eod.*
(8) L. 13. D. *eod.* L. 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.)
(9) L. 31. § 1. 2. D. *de her. pet.* (5. 3.)
(10) L. 20. § 20. L. 40. § 3. D. *eod.*

D. Rapporti giuridici durante la lite.

§ 307. Fino alla decisione il convenuto naturalmente conserva il possesso e l'amministrazione di quelle cose ereditarie, che ha nelle sue mani. Ma sebbene i principii sulle *res litigiosae* abbiano anche qui applicazione, ed inoltre valga la regola che non possa avvenir nulla che pregiudichi la futura decisione sul dritto ereditario, *ne hereditati praejudicium fiat* (1), non per tanto questi principii patiscono parecchie modificazioni. 1) Può dal giudice permettersi al convenuto l'alienazione, allorchè vi sia un urgente necessità, forse per fare delle spese necessarie o per riparare un danno, o allorchè il convenuto presta sicurtà per l'indennità dell'attore (2). 2) Il convenuto anche durante il giudizio può agire per riscuotere i crediti ereditarii, anzi vi è tenuto allorchè vi è pericolo nell'indugio, ma ciò solamente quando possiede l'eredità *pro herede* (3), e 3) in quanto alle cose ereditarie possedute da un terzo non solo il convenuto nell'anzidetta presupposizione, ma anche l'attore può revindicarle (4). 4) I creditori ereditarii, qualunque sia l'oggetto del loro credito, hanno la scelta, se vogliono convenire il possessore *pro herede*, o l'attore, giacchè il vincitore dee sempre bonificare all'altra parte ciò che questa ha dovuto prestare ai creditori (5). 5) Il medesimo vale per rispetto ai legatarii, i quali non debbano ricevere il loro legato da una persona determinata, ma sibbene dall'erede; soltanto, debbono essi prestar cauzione di restituire il legato, se quegli, al quale si son rivolti, perderà la lite, e per tal modo il testamento o almeno il legato verrà a cadere (6). 6) Se più persone indipendentemente l'una dall'altra hanno intentato la *hereditatis petitio* contro il medesimo convenuto, ed uno riporta la vittoria, il convenuto a costui dee certamente restituire l'eredità, ma può nel tempo stesso richiedere dal vincitore la *cautio defensum iri* per rispetto agli altri attori (7).

(1) L. 5. § 2. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 12. pr. C. *eod.*

(2) L. 5. pr. § 1. L. 53. D. *eod.* L. 15. § 2. D. *de quaestion.* (48. 18.). Questi principii non possono riguardarsi come aboliti dalla Nov. 112. prooem. c. 1., in guisa che ora sia ammessibile l'alienazione, perchè la *hereditatis petitio* appartiene anche alle revindicazioni, di cui parla la Novella.

(3) L. 25. § 2. L. 31. § 4. L. 49. D. *de her. pet.* (5. 3.)

(4) L. 49. D. *eod.* L. 13. D. *de except.* (44. 1.)

(5) L. 4. § 1. D. *si cui plus.* (35. 3.) L. 12. § 1. C. *de her. pet.* (3. 31.)

(6) L. 48. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 4. § 1. L. 8. D. *si cui plus.* (35. 3.) L. 12. pr. C. *de her. pet.* (3. 31.) L. 9. C. *de legat.* (6. 37.)

(7) L. 57. D. *de her. pet.* (5. 3.)

2) *Interdictum quorum bonorum.* (*)

§ 308. L'*interdictum quorum bonorum*, il quale è un'interdetto *adipiscendae possessionis* competente al *bonorum possessor* (1), e non altramente che l'*hereditatis petitio* non ha luogo che contro colui che possiede l'eredità *pro herede* o *pro possessore* (2), ma si può adoperare soltanto a cagione delle cose ereditarie corporali (3), sta in connessione con ciò, che il *bonorum possessor* non ha mestieri di essere appunto il più prossimo erede. Se il *bonorum possessor* vuol provare contro colui che ritiene l'eredità, che egli sia anche il più prossimo erede, allora si può valere dell'ordinaria *hereditatis petitio*, che in tal caso appellasi *hereditatis petitio possessoria* (4), ed allora si decide definitivamente sul dritto ereditario dell'attore (5). Ma siccome la *bonorum possessio* sarebbe inutile, se anche come tale non producesse eziandio un dritto di azione, così fu conceduto nell'Editto al *bonorum possessor* l'interdetto *quorum bonorum*, nel quale egli si appoggia semplicemente alla sua *bonorum possessio*, e può lasciare interamente da banda la quistione se egli sia il più prossimo erede (6). E però in quest'azione egli dee solo dimostrare che gli sia stata conceduta la *bonorum possessio* (7), anzi è anche esclusa l'eccezione di un dritto ereditario più forte da parte del convenuto, il quale in ogni caso dee provvisoriamente restituire le cose al *bonorum possessor* (8); il perchè quest'interdetto vien detto eziandio un mezzo legale che ha per iscopo di prendere speditamente il possesso (9). Ma perchè la decisione riguarda solo la *bonorum possessio* dell'attore, e non già il suo dritto ereditario, così non se ne può dedurre l'*exceptio rei judicatae*, quando di

(*) *Savigny* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. V. n. 1. e vol. VI. n. 3.; *Thibaut* nell' Arch. per la prat. civ. vol. X. n. 23.; *Francke* successione degli eredi legittimarii. Gött. 1831. § 9.

(1) Caj. III. 34. IV. 144. ; § 3. J. *de interd.* (4. 15.) L. 1. § 1. D. *quor. bon.* (43. 2.)

(2) L. 1. pr. D. *quor. bon.* (43. 2.) L. 2. C. *eod.* (8. 2.)

(3) L. 2. D. *eod.*

(4) L. 1. D. *de poss. her. pet.* (5. 5.)

(5) L. 2. D. *eod.*

(6) *Francke* l. c. Delle altre idee hanno il *Savigny* l. c. ed il *Thibaut* l. c.

(7) L. 1. C. *quor. bon.* (8. 2.) Caj. III § 34.

(8) L. 3. C. *eod.*

(9) L. 22. C. Th. *quor. appell non recip.* (4. 36.)

poi il convenuto con la *hereditatis petitio* voglia far valere il suo dritto ereditario migliore, o almeno egualmente forte (10). Siccome quest'interdetto tende soltanto alla restituzione delle cose ereditarie possedute effettivamente dal convenuto, così qui non han luogo le altre prestazioni, che s'incontrano nell'*hereditatis petitio*, ma per rispetto alle cose che si possono richiedere valgono i medesimi principii.

VI. Capacità di succedere.

§ 309. Non può essere erede chiunque, e ci ha delle ragioni d'inabilità parte assolute, che escludono da qualunque successione, e parte relative, che si rapportano solamente alla successione di determinate persone, o solamente ad una specie di deferimento. Intanto le restrizioni particolari della successione testamentaria non possono compiutamente dichiararsi che più innanzi (1); il perchè qui s'indicheranno solo le altre cagioni d'inabilità.

1.° Una inabilità assoluta trovasi soltanto per rapporto 1) ai *servi poenae* aboliti da Giustiniano (2), 2) a coloro che per pena han patito una *capitis diminutio media* (3), 3) ai figliuoli dei colpevoli di alto tradimento, secondo la prescrizione di Arcadio ed Onorio, ove vi ha anche l'eccezione che le figliuole possano nondimeno ereditare la legittima dalla madre (4), 4) agli apostati (5), e 5) agli eretici (6).

2.° Per contrario ha luogo una inabilità relativa nei seguenti casi. 1) I peregrini sono esclusi dal succedere ai cittadini Romani, perchè manca loro il *jus testamenti factionis* (7), il che prima di Giustiniano si estendeva anche a quei libertini, che eran tenuti come dedititii (8). 2) Gli schiavi per verità non possono succedere *ab intestato* ad alcuno, ma possono bene essere istituiti eredi in un testamento (9). 3)

(10) L. 3. C. *quor. bon.* (8. 2.) L. 14. § 3. D. *de exc. rei. jud.* (44. 2.)

(1) V. § 318.

(2) L. 3. pr. § 1. D. *de his quae pro non script.* (34. 8.) L. 13. D. *de bon. poss.* (37. 1.) Confr. con Nov. 22. c. 8.

(3) L. 13. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 17. § 1. D. *de poenis.* (48. 19.) L. 16. D. *de interd. et releg.* (48. 22.) L. 5. § 3. D. *de extraord. cogn.* (50. 13.) L. 1. C. *de her. inst.* (6. 24.)

(4) L. 5. § 1-3. C. *ad leg. Jul. maj.* (9. 8.)

(5) L. 3. C. *de apostat.* (1. 7.)

(6) L. 18. L. 19. L. 22. C. *de haeret.* (1. 5.) Nov. 115. c. 3. § 14. c. 4. § 8.

(7) Caj. II. 110.; Ulp. XXII. 1.; L. 49. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(8) Caj. I. 25. III. 75.; Ulp. XXII. 2. Confr. con L. un. C. *de dedit. lib. toll.* (7. 5.)

(9) L. 16. pr. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) V. § 318.

Secondo il dritto antico le Vestali erano del pari inabili a succedere ab intestato (10). 4) Le vedove che non hanno rispettato l'anno del lutto possono al contrario succedere solamente *ab intestato*, e soltanto a quei tali parenti, che non son più rimoti del terzo grado (11). 5) Finalmente quei che han contratto un matrimonio incestuoso, come pure i figliuoli che ne son nati non possono in alcuna guisa ereditare l'uno dall'altro (12). Siccome alcune di queste inabilità son passaggiere, e possono cessare, così ne viene la quistione di sapere in qual tempo alcuno debba esser capace. Nella successione intestata la capacità dee sempre trovarsi alla morte dell'autore, e durare fino all'effettivo acquisto dell'eredità. Nella successione testamentaria poi un erede istituito dee inoltre essere stato capace anche al tempo che fu fatto il testamento. Per contrario non nuoce che alcuno posteriormente abbia perduto la capacità, purchè alla morte del testatore l'abbia ricuperata. Da questo momento in poi, nel caso di una istituzione pura e semplice, la capacità dee durare fino all'adizione, mentre nel caso di una istituzione condizionale non si fa conto della inabilità, in cui nell'intervallo siasi incorso, ma che si trovi già cessata al verificarsi della condizione (13).

CAPITOLO SECONDO

DELLE DISPOSIZIONI DI ULTIMA VOLONTA' (*)

I. Nozione, contenuto, e specie:

1) *Generalità.*

§ 310. Le disposizioni di alcuno sopra di ciò che dopo la sua morte si dee fare, si appellano disposizioni di ultima volontà, *ultimae volun-*

(10) Gellius I. 12.

(11) L. 1. C. *de secund. nupt.* (5. 9.) Nov. 22. c. 22. Nov. 39. c. 2.

(12) L. 6. C. *de inc. nupt.* (5. 5.) Nov. 12. prooem. c. 1. Nov. 74. c. 6. Nov. 89. c. 15.

(13) § 4. J. *de hered. qual.* (2. 19.) L. 6. § 2. L. 32. § 1. L. 49. § 1. L. 59. § 14. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 52. D. *de legat.* II. (31.); *Schroeter* observ. jur. civ. Jenae 1826. 8. n. VI.

(*) *Stryk* tract. de cautelis testamentorum ed. 1. Lipsia 1703. 4. (Opp. praest P. III.) *Trekel* tract. de orig. et progressu testamenti-factionis 1739. 4.; *Dunius* de veteri et novo jure codicillorum Romae 1752. 4.; *Klaproth* tratt. dei testamenti, codicilli etc. Gött. 1782. 8.; *Westphal* teorica dei testamenti etc. secondo il dritto Romano Lipsia 1790. 8.; *Dernburg* contribuzioni alla storia dei testamenti Romani Bonn. 1821. 8.

tates, *supremum judicium* (1), e colui che ha fatte cotali disposizioni addimandasi *testator*. Gli oggetti principali di cosiffatte disposizioni sono: 1) le istituzioni di erede, *heredis institutiones*, 2) le diseredazioni degli eredi legittimarii, *exheredítationes*, 3) i legati, cioè il carico imposto ai successori del testatore di prestare ad altri qualche cosa, *legata et fideicommissa*, e 4) la nomina di tutori, *tutoris datio*. Intanto un atto di ultima volontà può contenere anche delle altre disposizioni e segnatamente delle disposizioni sopra l'educazione dei figliuoli del testatore, degli ordini intorno ai funerali, e via discorrendo. Per rispetto al modo come si son formate, le disposizioni di ultima volontà si dividono in disposizioni unilaterali, ed in convenzioni.

1.° Le disposizioni unilaterali 1) allorchè contengono una istituzione di erede chiamansi testamento, *testamentum*, poco importando se sieno fatte a voce o in iscritto (2), e solo in un testamento e per conseguenza solo insieme con una nomina di erede può farsi eziandio una valida diseredazione (3); se poi 2) non siasi fatta alcuna istituzione di erede, ma semplicemente dei legati o altre disposizioni, allora se A. sono fatte a voce, possono solo venir indicate per via di descrizione, giacchè manca loro un proprio nome, ma se al contrario B. son fatte in iscritto, allora s'incontra nei fonti l'espressione tecnica di *codicilli*, la quale in generale significa uno scritto (4). I codicilli si dividono in *codicilli testamentarii* ed in *codicilli ab intestato*, secondo che si trovano insieme con un testamento, o senza alcun testamento (5), ed i primi, i qua-

(1) L. 1. § 1. D. *de bon. poss. sec. tab.* (37.11.)

(2) La definizione dei testamenti nella L. 1. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) è troppo ampia, imperocchè può convenire alle disposizioni di ultima volontà di ogni maniera, e l'etimologia « *testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est* » nel pr. J. *de test. ord.* (2. 10.); e presso Ulp. XX. 1., egualmente che la dichiarazione presso Isidori Orig. IV. 23. è da porsi in una medesima classe con la derivazione del *mutuum* dall'*ex meo tuum fit*. Tutt'i sostantivi che hanno la terminazione in *mentum* derivano da un verbo, ed esprimono un prodotto dell'azione che quel verbo significa. Anche *testamentum* dunque non esprime che il prodotto del *testari*, cioè della dichiarazione di volontà fatta innanzi a testimoni, non altrimenti che *monumentum* esprime il prodotto del *monere*, *fragmentum* del *frangere*, *firmamentum* del *firmare*, etc.

(3) § 2. J. *de codicill.* (2. 25.) L. 2. C. *eod.* (6. 36.) L. 14. C. *de testam.* (6. 23.) Caj. II. 273.

(4) Non occorre notare che *codicilli* sia una specie di diminutivo di *codex*. Ma è ben meraviglioso che per regola adoperasi il plurale *codicilli*, anche quando non si tratta che di una sola disposizione. Non pertanto talvolta incontrasi anche il singolare *codicillus*, p. es. nella L. 14. L. 28. § 1. C. *de testam.* (6. 23.) L. 7. C. Th. *de mat. bon.* (8. 18.) L. 40. § 5. C. Th. *de haeret.* (16. 5.); Isidori Orig. l. c.

(5) § 1. J. *de codicillis* (2. 25.) L. 1. L. 4. C. *eod.* (6. 36.) L. 1. C. Th. *de testam.* (4. 4.)

li non sono validi se non quando il testamento medesimo sia valido (6), si suddividono in *codicilli testamento confirmati* e *non confirmati*, il che dipende dal vedere se nel testamento si contenga o no (7) una clausola che li confermi, la quale si può riferire così ai codicilli anteriormente già fatti, come a quelli che si faranno di poi (8), e può eziandio esser limitata ad alcuni determinati codicilli (9). Una siffatta conferma per rispetto ai codicilli anteriori è per regola necessariamente richiesta, affinchè essi rimangano validi, perchè altrimenti pel testamento posteriormente fatto diverrebero caduchi (10); salvo, secondo che fu disposto da Settimio severo e Caracalla, se sia ben manifesto che il testatore gli abbia voluto lasciare in vigore (11); ma anche pei codicilli futuri la conferma, sebbene non sia in se stessa necessaria (12), pure è ben importante; imperocchè alcune disposizioni non possono farsi che in codicilli confermati (13).

2.° Per ciò che riguarda le disposizioni di ultima volontà fatte per via di convenzioni, non possono certo per esse nominarsi degli eredi (14), ma si può bene in questa forma assicurare per convenzione un legato, e questa è la donazione a causa di morte, *donatio mortis causa* (15). Tutti coloro che son nominati eredi o tutori, o che ottengono un legato o una donazione a causa di morte si sogliono al presente chiamare *onorati*, mentre al contrario colui che dee soddisfare un legato chiamasi *onerato* o gravato.

2) *Specialità.*

A. Dei legati.

§ 311. Sebbene la dottrina dei legati non possa che più innanzi compiutamente essere esposta (1), nondimeno per l'intelligenza di tutto ciò

(6) L. 3. § 2. L. 14. pr. D. *de jure codicilli* (29. 7.)
(7) L. 3. § 2. D. *eod.*
(8) L. 8. pr. D. *eod.*
(9) L. 8. § 6. D. *eod.*
(10) L. 5. L. 18. D. *eod.*
(11) § 1. J. *eod.* (2. 25.)
(12) L. 3. § 2. D. *eod.*
(13) Caj. II. 270. L. 3. pr. D. *de testam. tut.* (26. 2.) L. 1. § 1. D. *de confirm. tut.* (26. 3.)
(14) V. § 300.
(15) V. § 381.
(1) V. cap. 9.

che segue è necessario che qui parimente si dichiari e svolga l'originaria differenza tra i legati e fedecommessi, come pure i principali momenti della loro storia. Nei tempi antichi un legato non avea forza obbligatoria se non quando si conteneva in un testamento o almeno in un codicillo confermato (2), era imposto agli eredi testamentarii (3) dopo o tra le istituzioni di erede (4), in lingua latina, e con parole di comando *verbis directis s. imperativis* (5), ed era dato a persone che avrebber potuto eziandio essere istituite eredi (6), ed una disposizione che riuniva tutte siffatte qualità appellavasi legato *legatum* (7), come del pari colui che dovea conseguirlo appellavasi *legatarius*. Secondo le espressioni solite ad usarsi nei legati si distinguono quattro spezie di legati con differenti effetti: *legata per damnationem*, *per vindicationem*, *sinendi modo*, e *per praeceptionem* (8). 1) Era un *legatum damnationis* s. per *damnationem* allorchè s'imponeva all'erede di dare ad altri alcuna cosa, p. es. « *heres damnas esto dare* » ovvero « *heredem meum dare jubeo* » ovvero « *heres dato* s. *facito* », e questa forma, la quale poteasi applicare a tutt'i possibili oggetti di un legato, anche alle cose altrui e future (9), produceva un' *obligatio quasi ex contractu* dell'erede gravato verso il legatario (10), da cui risultava l'*actio ex testamento* per l'adempimento del legato, azione di stretto dritto (11), nella quale *lis infitiando crescebat in duplum* (12). 2) Chiamavasi *legatum vindicationis* s. per *vindicationem* allorchè davasi al legatario il dritto di appropriarsi una co-

(2) Ulp. XXV. 8.; Caj. II. 270.; L. 36. D. *de legat.* II. (31.)

(3) Caj. II. 260. 270.; Ulp. XXIV. 20.

(4) Caj. II. 229. 230.; Ulp. I. 20. XXIV. 15.; Paul. III. 6. § 2.; L. 3. D. *de his quae in test. del.* (28. 4.) § 34. J. *de legatis* (2. 20.)

(5) Ulp. XXIV, 1. XXV. 9.

(6) Caj. II. 238-243. § 24-28. J. *de legat.* (2. 20.)

(7) Le definizioni contenute nel § 1. J. *de legatis* (2. 20.) « *Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta* » nella L. 36. D. *de legat.* II. (31.) « *legatum est donatio testamento relicta* » e nella L. 116. D. *de legat*, I. (30.) » *legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit* » evidentemente non esprimono che in un modo insufficiente alcune soltanto delle qualità dei legati.

(8) Caj. II. 192.; Ulp. XXIV. 2.

(9) Caj. II. 201-208.; Caj. Epit. II. 5. § 2-5.; Ulp. XXIV. 8. 13.

(10) § 5. 7. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.); Caj. II. 204. 213.

(11) L. 5. § 4. L. 6. D. *in litem jur.* (12. 3.); Caj. II. 280. Il detto di Paolo S. R. III. 8. § 4., che in apparenza si oppone a ciò, si rapporta al dritto mutato del suo tempo, giacchè allora l' *actio ex testamento* nella pratica di già trattavasi quasi interamente come *bonae fidei*, segnatamente per rispetto agl' interessi accessorii dell' attore.

(12) Caj. II. 282. IV. 9.; § 7. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.)

sa, il che segnatamente si ammetteva allorchè si erano usate le formole «*Lucio Titio do* s. *lego illam rem*», ovvero «*Lucius Titius capito* s. *sumito*, s. *sibi habeto*, s. *sibi vindicato illam rem*». Da questo non risultava alcuna obbligazione dell'erede, ma per contrario la proprietà della cosa legata di per sè stessa dopo la morte del testatore passava nel legatario, per modo che egli poteva rivendicarla da qualunque possessore; il perchè questa forma ammetteva il *juramentum in litem* che potea aver luogo in tutte le *actiones in rem*, ma però questa forma non applicavasi se non per cose speciali, che al testatore medesimo si appartenevano (13). Ritenevasi eziandio come una specie di siffatto legato la liberazione diretta di uno schiavo fatta per testamento, nel qual caso il legatario era legato a sè medesimo (14). 3) Chiamavasi *legatum sinendi modo* quando s'imponeva all'erede di patire che un altro si prendesse qualche cosa, e per questo adoperavasi la formola «*heres sinito*, s. *damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem, sibique habere*». Questa forma al certo potea avere per oggetto non solo cose del testatore medesimo, ma anche cose dell'erede, presupposto, che alla morte del testatore queste appartenessero ad uno dei due, ma non trasferiva immediatamente la proprietà, ed era controversia se in questo caso l'obbligazione dell'erede che da tal legato nasceva si estendesse anche a dover dare la cosa, ovvero fosse ristretta soltanto a dover patire che il legatario medesimo si prendesse la cosa (15). 4) Finalmente chiamavasi *legatum praeceptionis* s. *per praeceptionem* quando colla formola «*Lucius Titius illam rem praecipito*» (16) il testatore permetteva ad uno fra più coeredi di prendersi dalla successione qualche cosa per anteparte, nel qual caso questo erede con l'*actio familiae herciscundae* potea costringere gli altri a rilasciargli nella divisione, oltre la sua parte, le cose che gli erano state legate (17). Ma perciò appunto anche questa formola era ristretta soltanto alle cose del testatore, solo si ammetteva, che quando il testatore colla *fiducia* avea alienato o dato in pegno le cose legate, queste dovessero a spese dell'eredità essere riscosse (18). Sul modo come si avesse a trattare il caso, che il

(13) Caj. II. 193-200. 206-208., Caj. Epit. II. 5. § 1-5.; Ulp. XIX. 17. XXIV. 3. 7. 11. 12.; L. 60. § 1. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

(14) Caj. II. 230. 233. 267. 272.; Ulp. I. 20.; L. 80. D. *de V. S.* (50. 16.)

(15) Caj. II. 209-215. 280.; Caj. Epit. II. 5. § 6.; Ulp. XXIV. 5. 10.; L. 2. D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 14. D. *de usufr. leg.* (33. 2.); Theoph. II. 20. § 11.

(16) Caj. II. 216-223.; Ulp. XXIV. (6. 11.) Theoph. l. c.

(17) Caj. II. 219. L. 26. L. 28. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 17. § 2. D. *de legat.* I. (30.); Theoph. l. c.

(18) Caj. II. 220.; Ulpl XXIV. 11.; L. 28. D. *fam. herc.* (10. 2.)

testatore si fosse servito di questa formola pei legati fatti ad uno che non fosse erede, i Sabiniani e i Proculiani furono per lunga pezza di opinione diversa; ma infine l'opinione di questi ultimi, che cioè *praecipito* dovesse esser preso come *capito*, e quindi che il legato si avesse a riguardare come un *legatum vindicationis* fu approvata eziandio dai Sabiniani Sesto Pomponio, e Salvio Giuliano, e fu confermata da una costituzione di Adriano (19). La importanza delle anzidette formole, sotto Nerone fu molto scemata per un *Sctum Neronianum* mentre questo stabilì il principio che, allorquando si fosse scelta una formola non adattata, si dovesse riguardare come se si fosse adoperata quella formola che conveniva alle circostanze (20), e Costantino da ultimo dichiarò essere del tutto indifferente il modo come il testatore si fosse espresso, purchè si potesse vedere ciò che avea voluto (21). Per rispetto all' oggetto i legati si dividevano nei *singularum rerum legata*, allorchè si erano legati degli oggetti determinati, e nei *legata partitionis*, allorchè erasi imposto all' erede di dare al legatario una quota del puro attivo, dopo dedott' i debiti, la qual cosa, finchè durarono le antiche formole, potevasi fare soltanto per *damnationem*, ed in questo legato l' erede e il legatario mediante le così dette *stipulationes partis et pro parte* solevano obbligarsi reciprocamente a pagare posteriormente o a restituire nel caso, che in seguito ne risultasse un mutamento dello stato dell' attivo (22). I Sabiniani ed i Proculiani anche quì erano discordi sulla quistione se l' erede dovesse dare una parte ideale delle singole cose, ovvero pagarne solamente il valore, ma infine la pratica si attenne al partito di lasciarne la scelta all' erede (23). Stava in certo modo nel mezzo da una parte il *legatum hereditatis*, quando alcuno legava una eredità deferitagli (24), da un' altra parte il *legatum ususfructus omnium* o *partis bonorum*, il quale per verità da prima si riferiva soltanto alle cose che non si consumano coll' uso, e quindi era

(19) Caj. II. 218. 220. Confr. L. 17. § 2. L. 18. D. *de legat.* I. (30.)

(20) Ulp. XXIV. 11.; Caj. II. 197. 198. 212. 218. 220. 222.; Fragm. Vat. § 85.

(21) L. 21. C. *de legatis* (6. 37.) § 2. J. *eod.* (2. 20.). Per effetto di ciò i compilatori di Giustiniano tralasciarono nelle Pandette il più che poterono la menzione delle antiche formole, la qual cosa spesso rende oscuro il testo.

(22) Cic. pro Caecina c. 4. de legib. II. 20.; Ulp. XXIV. 25. XXV. 15.; Caj. II. 254. § 5. J. *de fideicomm. hered.* (2. 23.) L. 2. 26. § 2. L. 104. § 7. D. *de legat.* I. (30.) L. 8. § 5. L. 9. D. *de legat.* II. (31.) L. 22. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 4.) L. 164. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 43. D. *de usufr.* (7. 1.)

(23) L. 26. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 32. § 8. D. *de usufr. leg.* (33. 2.)

(24) L. 76. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

trattato come un *legatum singularum rerum* (25), ma dopo il Senatoconsulto, che introdusse il *quasi ususfructus* (26), fu esteso a tutte le cose (27). Anticamente i legati non erano ristretti per rapporto alla quantità (28), ma di poi per impedire che il patrimonio non fosse pei legati soverchiamente smembrato, che non fosse tolto troppo agli eredi, i quali per lo più sono i parenti del testatore, e che una diminuzione posteriore del patrimonio non venisse a ricadere soltanto sugli eredi, e desse quindi occasione a rinunziare all'eredità, molte leggi introdussero una limitazione dei legati. Primamente la *lex Furia testamentaria*, plebiscito della prima metà del sesto secolo di Roma, dispose, che ad eccezione di certe persone, ninno per legati o per donazioni a causa di morte potesse ottenere più di 1000 assi, e chi avesse ricevuto di più, dovesse restituirne il quadruplo (29). Le persone eccettuate furono senza dubbio le medesime, che poco di poi anche la *lex Cincia* eccettuò dalle sue disposizioni, ma ad ogni modo i parenti del testatore fino al sesto grado, ed alcuni del settimo (30). Per la pena del quadruplo l'erede, allorchè non veniva rimborsato, potea valersi immediatamente della *manus injectio* (31). Del rimanente il quadruplo si riteneva come pura pena, senza che potesse insieme richiedersi la restituzione del legato medesimo, il perchè questa legge fu detta *lex minus quam perfecta* (32). Nondimeno perchè questa legge non soccorreva abbastanza, allorchè erano ordinati più legati, spezialmente per un piccolo patrimonio, così la *lex Voconia* anno di Roma 585 dispose che nessuno potesse avere in legati più di quel tanto che fosse lasciato all'erede (33). Intanto anche questo non giovava ad impedire che si potesse togliere quasi tutto agli eredi mediante molti piccoli legati, e però l'a. di R. 714. la *lex Falcidia* stabilì che ad ogni erede gravato di legati dovesse rimanere

(25) Cic. top. c. 4.; Ulp. XXIV. 26.

(26) V. § 183. n. II.

(27) Ulp. XXIV. 27.; L. 1. D. *de usufr. ear. rer.* (7, 5.) L. 29. L. 42, § 1. L. 43. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 32. § 8. L. 43. D. *de usufr. leg.* (33. 2:)

(28) Caj. II. 224.; *W. Burchardi* disp. exhibens flores sparsos ad legis Furiae de testamentis itemque legis Voconiae historiam. Herborn 1768. 4.

(29) Varro Fragm. de vita pop. Rom. ed. Bipont. p. 247.; « plebisque scito cautum, ne quis legaret causave mortis donaret supra asses mille ». Cic. pro Balbo c. 8. in Verr. II. 1. c. 42.; Caj. II. 225. IV. 23. 24. 109.; Ulp. I. 2.; pr. J. *de lege Falc.* (2. 22.); Theoph. ad h. l. *Schrader* nel mag. civ. di *Hugo* vol. V. p. 162.

(30) Fragm. Vat. § 301.; Ulp. XXVIII. 7.

(31) Caj. IV. 23. 24.)

(32) Ulp. I. 2.

(33) Cic. de legib. II. 19 in Verr. II. 1. c. 43.; Caj. II. 226.; pr. J. *de lege Falc.* 2. 22.); Theoph. ad h. l.; *Kind* de lege Vocon. Lipsia 1820. 4. c. 36. seg.

almeno un 1/4 della sua eredità o della sua porzione ereditaria, *quarta Falcidia*, e che quando gli fosse imposto un peso maggiore, potesse da ogni legato far proporzionatamente una deduzione (34). Questa disposizione rimase sempre in voga, sebbene più tardi parecchie eccezioni si fosser fatte alla *lex Falcidia* (35); ed anche contrariamente allo scopo della legge Giustiniano permise ai testatori di vietare la deduzione della quarta Falcidia, per modo che questa non viene tuttora applicata se non quando non sia disposto il contrario nel testamento (36). L'ultima restrizione dei legati per rispetto alla quantità trovasi nella *lex Furia Caninia* pubblicata l'a di R. 761. (8 dopo Cr.) (37), mentre essa parte a benefizio degli eredi, e parte per cagioni politiche e di polizia non permise al testatore di manomettere nel testamento se non un numero determinato di schiavi, il che fu di poi abolito da Giustiniano (38).

B. Dei fedecommessi.

§ 312. Per fedecommesso, colle denominazioni di *fideicommissarius* per l'onorato, e *fiduciarius* pel gravato, i Romani intendevano un legato, al quale mancava alcuno dei requisiti formali dei legati, come p. es. se il medesimo fosse stato imposto all'erede intestato, in un codicillo intestato (1), o in un codicillo non confermato (2), ovvero se fosse contenuto sibbene in un testamento, ma si trovasse però posto innanzi alle istituzioni di erede (3), ovvero se fosse espresso non già in parole di comando, ma a modo di preghiera, *verbis precativis*, o in una lingua straniera, o mediante soli segni (4), ovvero se fosse imposto ad un legatario (5). Or siccome il dritto civile antico non rico-

(34) Caj. II. 227.; Ulp. XXIV. 32.; L. 1. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) pr. J. *eod.* (2. 22.); Theoph. ad h. l.; Isidori Orig. V. 15.

(35) V. § 372.

(36) Nov. 1. c. 2. § 2. Anticamente ciò non si poteva L. 55. D. *de legat.* I. (30.) Nov. 1. c. 2. pr.

(37) Caj. II. 228.

(38) V. la mia St. § 98., più sopra § 123. e § un. J. *de lege Fur. Can. toll.* (1. 7.)

(1) Caj. II. 270. § 1. J. *de codicill.* (2. 25.)

(2) Caj. II. 270.; Ulp. XXV. 8. 11.; Paul. S. R. IV. 1. § 10.

(3) Ulp. l. c.

(4) Caj. II. 249. 250. 281.; Ulp. XXV. 1-3.; Paul. S. R. IV. 1. § 5. 6. 11.; L. 11. pr. L. 21. pr. D. *de legat.* III. (32.) L. 22. C. *de fideicomm.* (6. 42.) § 3. J. *de sing. reb. per fideic. rel.* (2. 24.)

(5) Caj. II. 260. Caj. II. 271.

nosceva come obbligatorio un legato se non quando concorrevano tutte le condizioni che esso richiedeva per un legato, così s'intende di per sè che per tutti gli altri legati non v'era obbligo di adempierli, ma piuttosto dipendevano dalla buona volontà del fiduciario, ed erano abbandonati alla buona fede di lui, per conseguenza erano *fideicommissa* nel vero senso della parola (6). E però stava ancora nella natura della cosa che il testatore in siffatti legati solesse esprimersi soltanto per via di preghiere e di desiderio (7), che inoltre non montasse a nulla se il fedecommessario possedesse o no le qualità richieste per un erede o legatario; imperocchè stava sempre al fiduciario di dargli o no la cosa legata (8), e che, fintantochè i fedecommessi non ebber forza obbligatoria, non vi fossero intorno ad essi disposizioni di legge. Così rimase la cosa fino al tempo degl' Imperadori (9). Ma Augusto dopo preso consiglio da più valorosi Giureconsulti fu indotto a dichiarare obbligatorii i fedecommessi (10), e ne affidò la cognizione a'Consoli (11). Sotto Claudio furono anche istituiti in Roma due *Praetores fideicommissarii* per le liti sopra i fedecommessi, ma Tito Vespasiano ne soppresse uno (12). L'azione, la quale si teneva come un *judicium bonae fidei* (13), e nella quale per la negazione non s'incorreva nella pena del doppio, come nell'*actio ex testamento* (14), non era un'azione propriamente detta, ma sibbene apparteneva alla *extraordinaria cognitio* (15), dal che derivò che per un *fideicommissum libertatis* potè imporsi obbligatoriamente la manomissione di uno schiavo (16), il che non poteasi fare per via di legato; imperocchè avrebbe dovuto farsi con un *legatum damnationis*, e quindi avrebbe dovuto concedersi allo schiavo l'*actio ex testamento*,

(6) Pr. § 1. 12. J. *de fideicomm. her.* (2. 23.); Isidori Orig. IV. 23.)

(7) V. i luoghi citati nella Nota 4.

(8) Caj. II. 274. 275. 285. 286.

(9) La notizia che abbiamo nel pr. J. *de codicillis* (2. 25.), che Lucio Lentulo sotto Augusto in generale fosse il primo ad instituire un fedecommesso, è assolutamente incredibile. Per verità è meraviglioso che Cicerone non abbia mai adoperata la parola *fideicommissum*, ma nondimeno egli manifestamente fa menzione dei fedecommessi fatti ad eludere la *lex Voconia* Cic. de fin. bon. II. 17. 18.

(10) § 1. 12. J. *de fideicomm. her.* (2. 23.) pr. J. *de codicill.* (2. 25.)

(11) § 1. J. cit.

(12) L. 2. § 32. D. *de O. J.* (1. 2.); *Sueton.* in Claud c. 23. Plin. paneg. 36.; Dio Cass. LX. 10.; Ulp. XXV. 12.; Caj. II. 278.

(13) Caj. II. 280.

(14) Caj. II. 282.

(15) Caj. II. 278.; Ulp. XXV. 12.

(16) Caj. II. 263-266. 272.; Ulp. II. 7-12. XXV. 18.; L. 16. D. *de fideicomm. lib.* (40. 5.) § 2. J. *de sing. reb. per fideic. rel.* (2. 24.)

della quale come schiavo era incapace (17), mentre al contrario anche agli schiavi era aperta la via ad invocare l'*extraordinaria cognitio magistratuum* (18). Del resto anche i fedecommessi egualmente che i legati possono o come *fideicommissa singularum rerum* riguardar soltanto degli oggetti spezialmente determinati (19), o come *fideicommissa hereditatis* (fedecommessi universali) avere ad oggetto l'intera eredità o una parte della medesima (20). Un fedecommesso di quest' ultima specie era da prima trattato in tutto come un *legatum partitionis*, e quindi riferivasi soltanto al puro attivo; e per conseguenza anche quì solevano usarsi le *stipulationes partis et pro parte* (21). Nondimeno ciò fu mutato l'a. di R. 815. (62. dopo Cr.) pel Senatoconsulto Trebelliano sotto Nerone (22). Cioè siccome pei fedecommessi, dopo che divennero obbligatorii, erasi di nuovo prodotta la possibilità di toglier tutto agli eredi mediante cosiffatte disposizioni, e non di rado gli eredi erano siffattamente aggravati, spezialmente con fedecommessi universali, che essi perciò rinunziavano, e col cadere del testamento rendevansi vane tutte le disposizioni del testatore, così quel Senatoconsulto per riparare in qualche modo a questo male, almeno pei fedecommessi universali dispose: 1) che un fedecommessario universale dovesse esser trattato come erede, succedere nella massa lorda, e per conseguente, allorchè egli otteneva tutto, dovesse entrare interamente in luogo dell'erede, e se poi il fedecommesso non riguardava che una quota dell'eredità, dovesse egualmente che un coerede sopportare una parte proporzionata dei debiti, e dei legati e fedecommessi singolari imposti all'erede, e prendere del pari una parte dei crediti e degli altri beni (23); 2) ma d'altra parte dispose eziandio che l'erede, siccome non era tenuto a sopportare il peso della successione che in quanto effettivamente rimaneva presso di lui una parte dell'eredità, dovesse esser tenuto sulla richiesta del fedecommessario ad accettare l'eredità, e ad eseguire

(17) L. 44. § 7. D. *de judic.* (5. 1.) L. 22. L. 107. D. *de R. J.* (50. 17.). Questa ragione non riguardava la manomissione diretta per testamento, imperocchè per tal modo lo schiavo diveniva libero *ipso jure*, e quindi non avea bisogno di costringere l'erede a manometterlo.

(18) V. § 67. Nota 7.

(19) Caj. 260-266.; pr. § 1. 2. J. *de sing. reb. per fideic. rel.* (2. 24.)

(20) Caj. II. 247-259.; pr. § 1. 2. J. *de fideicomm. her.* (2. 23.)

(21) Caj. II. 252.; Theoph. II. 23. § 3.

(22) V. la mia St. § 103. n. 8.

(23) Caj. II. 253.; Paul. S. R. IV. 2.; § 4. J. *de fideic. her.* (2. 23.) L. 1. § 1. 2. 7-21. L. 2. L. 3. pr. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 2. L. 8. C. *eod.* (6. 49.)

il fedecommesso (24), e se egli si lasciava costringere all'adizione dovesse per pena rilasciare al fedecommessario tutta l'eredità ma però insieme coi debiti ed altri pesi (25), il che un Senatoconsulto sotto Adriano approvò anche pel caso che il fedecommessario fosse uno schiavo manomesso nel testamento, o da dover essere manomesso dall'erede medesimo (26). Per verità il Senatoconsulto Trebelliano nelle anzidette disposizioni parlava solo di fedecommessi universali imposti ad un erede testamentario e di obbligazioni del dritto civile (27); ma nondimeno fu applicato eziandio a quei fedecommessi che erano imposti agli eredi *ab intestato*, parimente alle *actiones honorariae*, e perfino alle semplici obbligazioni naturali (28). Oltre a ciò nel Senatoconsulto non erasi determinato come e quando il passaggio della successione propriamente avvenisse nel fedecommessario, e però un Editto del Pretore stabilì che il passaggio seguisse così tosto come l'erede avesse espressa la *restitutio fideicommissi*, cioè avesse dichiarato di volere oramai rilasciare al fedecommessario l'eredità o la quota della medesima, che gli dovea restituire, col che il fedecommessario non altramente che un erede mediante l'adizione, immediatamente senza cessione, tradizione, o altro modo di trasferimento dovesse subentrare non solo nei debiti e crediti, ma anche nella proprietà delle cose ereditarie (29); e da ciò dipende che i fedecommessi universali furon chiamati un modo di acquisto pretorio e una *successio juris honorarii* (30), e che il dritto del fedecommessario sulle cose non veniva considerato come una vera proprietà, ma solo un *in bonis esse* (31). A tutto ciò Giustiniano aggiunse eziandio per compimento la disposizione, che, se l'erede prima della restituzione fos-

(24) L. 4. L. 5. L. 6. § 2-6. L. 55. § 1. L. 63. § 11. D. *eod.* § 6. J. *de fideic. her.* (2. 23.); Ulp. XXV. 16.

(25) L. 4. D. *eod.*

(26) L. 83. § 1. D. *de hered. inst.* (28. 5.)

(27) L. 1. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(28) L. 6. § 1. L. 40. pr. L. 47. L. 61. pr. D. *eod.*

(29) Caj. II. 253. § 4. J. *de fideicomm. her.* (2. 23.) Confr. con L. 37. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(30) L. 24. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 9. § 6. 7. D. *de interrog. in jure* (11. 1.) L. 2. § 19. D. *pro emptore* (41. 4.)

(31) L. 63. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Sopra nel § 174. Nota 18. io mi sono espresso dubbiosamente intorno a ciò, ma ora qui non veggo più alcuna ragione di dubitare. Intanto s'intende da sè che allora soltanto ne risultava un semplice *in bonis esse* quando l'erede erasi limitato ad una restituzione verbale, e non avea effettivamente consegnato o mancipato le cose, come egli poteva assolutamente fare L. 37. pr. D. *eod.* Imperocchè si può riguardare come un modo di acquisto pretorio non già il fedecommesso in sè stesso, ma la sola *restitutio fideicommissi* fatta per semplice dichiarazione.

se morto senza successori, si avesse a riguardare come avvenuta la restituzione (32). Pel Senatoconsulto Trebelliano l'erede era certamente assicurato di non dovere sopportare i pesi ed il rischio della successione a vantaggio del fedecommessario universale, ma non era garentito contro la necessità di dover tutto restituire. Per la qual cosa il Senatoconsulto Pegasiano fatto probabilmente sotto Vespasiano (33) estese la quarta Falcidia ai fedecommessi di ogni maniera (34), ed in ciò per rapporto ai fedecommessi universali stabilì una opportuna distinzione: 1) se il fedecommesso comprendeva più di tre quarti della eredità, e per conseguenza la quarta dell'erede (la quale in questa applicazione al presente si suole appellare *quarta Pegasiana*, ed anche più di frequente *quarta Trebellianica*, sebbene il Senatoconsulto Trebelliano non facesse parola di *quarta*) (35), ne rimaneva lesa in modo da render necessaria una deduzione, poco importando se ciò fosse avvenuto pel solo fedecommesso universale, o pel cumolo di altri legati, allora il fedecommesso universale dovea, come per l'antico dritto, esser trattato siccome un *legatum partitionis*, e per conseguenza il solo erede dovea rimanere erede, e dedurre da tutti i legati una parte *pro rata*. 2) Se per contrario non era necessaria una deduzione, allora si dovea stare al prescritto del Senatoconsulto Trebelliano, e però anche il fedecommessario dovea ritenersi come erede, e se occorreva, poteva eziandio costringere all'adizione il vero erede (36). Nondimeno questa distinzione fu abolita da Giustiniano, e fu disposto che anche quando fosse necessaria una deduzione il Senatoconsulto Trebelliano dovesse essere applicato, e quindi il fedecommessario dovesse sempre esser trattato come erede (37). Ma l'estensione della falcidia ai fedecommessi non fu la sola restrizione che fosse introdotta. Dopo che i fedecommessi divennero obbligatorii non poteva in generale farsi a meno di una determinata teorica intorno ad essi, e questa col volger del tempo si

(32) L. 7. § 1. C. *eod.* (6. 49.)
(33) V. la mia St, § 104. n. 2.
(34) Caj, II. 254. § 5. J. *de fideic. her.* (2. 23.)
(35) La ragione di questa denominazione è soltanto che nelle Pandette e nel Codice il *Sctum Pegasianum* vien trattato unitamente nei titoli *ad Sctum Trebellianum.*
(36) Caj. II. 254-259.; Ulp. XXV. 14-16.; Paul. S. R. IV. 3.; § 5. 6. J. *de fideic. her.* (2. 23.) L. 86. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 1. § 20. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(37) § 7. J. *de fideic. her.* (2. 23.). Siccome questa innovazione non si trova in alcuna costituzione speciale, ma soltanto nelle istituzioni, così è verisimile che Giustiniano nel rileggere le istituzioni l'abbia fatta egli medesimo (la mia St. § 144. Nota 8.), senza sapere quale pratica incompatibilità da ciò ne risultava; V. § 381.

venne formando per diversi modi. Segnatamente si sottomise a certe condizioni la capacità di ottener fedecommessi (38); furono prescritte delle forme per ordinare un fedecomesso (39), ed in più rapporti i principii sopra i legati furono applicati eziandio ai fedecommessi, in ispezialtà per un Senatoconsulto sotto Adriano (40). Ma dall'altro canto i fedecommessi produssero anche l'effetto che si tralasciò molto degli antichi principli sopra i legati ed i testamenti (41). Per tal modo a poco a poco svanì in gran parte la differenza pratica tra i legati e i fedecommessi, per la qual ragione Giustiniano finalmente li agguagliò, ed ordinò che per le disposizioni di amendue le specie si dovessero interamente applicare i medesimi principii (42). La teorica comune che ora è in voga, come dal fin qui detto apparisce, ha preso origine parte dai legati e parte dai fedecommessi (43). Ma in caso di dubbio l'antica teorica dei fedecommessi, come la meno rigorosa, merita di aver la preferenza (44).

II. Disposizioni accessorie:

1) *Condizioni.*

§ 313. Alle disposizioni di ultima volontà possono aggiungersi eziandio delle condizioni, e queste, fatt'astrazione da talune speciali restrizioni ed eccezioni (1), debbono essere osservate secondo l'intenzione del testatore. Imperocchè l'intenzione, come generalmente per tutte le disposizioni di ultima volontà, qui per regola è decisiva (2); e però quando solo per inavvedutezza siasi aggiunta una condizione, la disposizione si ritiene come non condizionale, siccome al contrario cade la disposizione, allorchè una condizione, che si avea in mira di aggiungere, siasi per inavvertenza omessa (3). Intanto se il testatore ab-

(38) V. § 318.
(39) V. § 321.
(40) Caj. II. 287.
(41) V. § 315. 316. 318.
(42) L. 1-3. C. *commun. de leg. et fideic.* (6. 43.)
(43) V. Cap. 9.
(44) L. 2. C. *eod.*
(1) V. Nota 23-53.
(2) L. 19. pr. L. 101. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 84. § 7. D. *de legat.* I. (30.)
(3) L. 9. § 5. 6. D. *de hered. inst.* (28. 5.)

bia annunziato di voler indicare una condizione, che di poi non si trova espressa, ciò secondo la decisione di Giustiniano, non nuoce; imperocchè può bene essere avvenuto un mutamento di volontà (4); ma se per contrario una condizione realmente ordinata non si possa intendere per essere interamente oscura o contradittoria, la disposizione che da tal condizione dipende, divien caduca (5). Se ad una disposizione sieno copulativamente aggiunte più condizioni, naturalmente debbono tutte avverarsi prima che la disposizione possa venire adempiuta (6); per contrario di più condizioni alternativamente congiunte basta che una soltanto si verifichi (7). Se un legato sia più volte ripetuto, una volta sotto condizione, un'altra senza condizione, ovvero ogni volta sotto una condizione diversa, vale sempre l'ultima disposizione (8), eccetto per la manomissione diretta, *manumissio testamento*, nel qual caso dee valere la disposizione più favorevole alla liberazione dello schiavo (9). Per contrario nella istituzione di erede, allorchè questa sia più volte ripetuta sotto diverse condizioni, si considera come se fossero aggiunte alternativamente più condizioni (10), ma se la medesima si trovi una volta senza condizione ed un'altra sotto condizione, si preferisce la disposizione senza condizione (11). Le condizioni che s'intendono di per sè non hanno veruna influenza (12), e tra

(4) L. 8. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(5) L. 4. pr. L. 16. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 88, pr. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

(6) § 11. J. *de her. inst.* (2. 14.) L. 5. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

(7) § 11. J. cit. L. 5. D. cit. L. 78. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.). La L. 40. L. 41. D. *de her. inst.* (28. 5.), dalla quale *Huschke* nel giornale pel dir. e la proc. civ. vol. XII. n. 11. deduce che l'onorato, allorchè si verifichi una sola delle condizioni debba ricever solo la metà del legato, non contiene se non un *jus singulare* introdotto da Tiberio per un caso speciale.

(8) L. 12. § 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 22. pr. D. *de legat.* III. (32.) L. 4. L. 17. L. 28. D. *de adim. vel. transf. leg.* (34. 4) L. 40. § 2. L. 87. L. 89. D. *de condit. et dem.* (35. 1.). Per conseguenza anche un legato dato in prima *pure*, ma di poi rivocato sotto una condizione è da riguardarsi come se fosse dato sotto l'opposta condizione L. 10. pr. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 107. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 6. pr. D. *quando dies* (36. 1.)

(9) L. 35. L. 87. L. 88. L. 90. D. *eod.* L. 1. D. *de man. test.* (40. 4.). Ciò non si applica alla *fideicommissaria libertas*, questa qui vien trattata come gli altri legati L. 5. D. *eod.*

(10) L. 27. § 2. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 17. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

(11) L. 27. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.). Per verità questo passo potrebbe anche intendersi in questo modo, che debba preferirsi la prima disposizione, nondimeno qui pare che si dia la preferenza alla prima disposizione soltanto come disposizione non condizionale.

(12) L. 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 47. L. 85. L. 107. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 7. § 5. L. 21. § 1. L. 22. § 1. D. *quando dies* (36. 2.)

queste si annovera per regola anche la condizione: *se l'onorato voglia succedere, si voluerit*, ma non è così per coloro i quali altrimenti acquisterebbero *ipso jure*, giacchè allora questi debbono dichiarare la loro accettazione (13). Ma per le condizioni delle disposizioni di ultima volontà sotto più rapporti valgono dei principii totalmente diversi da quelli che han luogo negli altri affari giuridici.

1.° Colui, che è onorato sotto condizione, deè assolutamente sopravvivere all'avveramento della condizione, in caso contrario anche i suoi eredi non ricevono nulla (14), ed il medesimo ha luogo allorchè ad un legato siasi aggiunta una condizione risolutiva a favore del gravato, nel qual caso egli parimente non ricupera la cosa legata se non quando sopravvive all'avveramento della condizione (15). Intanto trattandosi di una *conditio in praesens vel praeteritum relata*, che fin da principio è decisa, l'onorato non ha mestieri che sopravviva alla notizia dell'avvenimento, che forma la condizione (16). Ma stando a questi principi, siccome un onorato, al quale sia imposta per condizione l'omissione di qualche atto, che sia possibile farsi durante tutta la vita, non potrebbe pervenire alla successione, così fu adottato l'espediente proposto dal Giureconsulto Q. Muzio Scevola (17), da prima veramente soltanto pei legati, ma di poi anche per le istituzioni di erede, che cioè se l'onorato presti la cauzione detta dal suo autore *cautio Muciana*, di restituir tutto, in caso che contravvenga alla condizione, a quei che altrimenti avrebber conseguito o ritenuto l'eredità o il legato, debba immediatamente essere ammesso alla successione (18), di tal che la condizione sospensiva vien trattata come una condizione risolutiva (19). Si richiede soltanto che non sia determinato alcun tempo per la omis-

(13) L. 69. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 12. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 65. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. § 6. D. *de legat.* III. (32.)

(14) L. 59. § 6. D. *de hered. inst.* (28. 5.) L. 65. § 1. L. 104. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 60. D. *de legat.* II. (31.) L. 11. § 6. D. *de legat.* III. (32.) L. 59. L. 101. L. 109. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 22. pr. D. *quando dies* (36. 2.)

(15) L. 16. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) Confr. il mio tratt. della restituzione nello stato primiero p. 109. seg.

(16) L. 16. D. *de injusto* (28. 3.) L. 10. § 1. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

(17) Nov. 22. c. 43. Confr. la mia St. § 64. n. 6.

(18) L. 76. § 7. D. *de legat.* II. (31.) L. 7. pr. L. 18. L. 72. § 2. L. 73. L. 77. § 1. 2. L. 79. § 2. 3. L. 101. § 3. L. 106. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 65. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 4. § 1. D. *de cond. inst.* (28. 7.) Nov. 22. c. 43. 44.

(19) Rigorosamente parlando la *cautio Muciana* forma un'eccezione dalla regola che le istituzioni di erede non ammettono alcuna condizione risolutiva (Nota 54.), ma le fonti anche per questo qui evitano di parlare di una condizione risolutiva.

sione, altrimenti si dovrebbe aspettare che questo tempo fosse trascorso (20); come pure si richiede che non siasi nel tempo stesso aggiunta un' altra condizione, perchè allora per cagione di quest' altra condizione, prima che l'avvenimento siasi verificato, la prestazione della *cautio Muciana* non giova (21); ma per contrario se l'atto vietato per qualsivoglia modo sia divenuto impossibile, l'onorato acquista incontanente il dritto di succedere senza cauzione (22). Del rimanente se dopo prestata la cauzione la condizione sia trasgredita, oltre a ciò che si è ricevuto debbono restituirsi eziandio i frutti e gli utili che se ne son ritratti (23), ed il medesimo vale allorchè il testatore dispensò dalla cauzione, il che Giustiniano gli permise di fare (24).

2.° Le condizioni impossibili ed inammisibili non rendono qui, come altrove, invalida la disposizione condizionale, ma si reputano come non aggiunte, cosicchè la disposizione si ritiene come non condizionale (25), purchè non sia per avventura manifesto che il testatore abbia voluto fare una burla all'onorato (26). E qui si ritengono come condizioni impossibili anche quelle che riguardano azioni che in sè stesse son possibili, ma che al tempo che fu fatto il testamento erano di già per qualche avvenimento divenute impossibili (27), o pure non si possono eseguire nel tempo che il testatore ha prescritto (28). Una condizione poi può essere inammessibile in tre diversi rapporti: 1) *per la natura della condizione*, e per questo riguardo son rigettate: A. tutte le condizioni che consistono in ciò che l'onorato debba fare

(20) L. 72. § 2. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(21) L. 77. § 1. D. *eod.*

(22) L. 20. pr. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 106. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) Nov. 22. c. 44. § 1.

(23) L. 76. § 7. D. *de legat.* II. (31.) L. 79. § 2. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) Nov. 22. c. 44. § 2. 4. 7.

(24) Nov. 22. c. 44. in fine.

(25) § 10. J. *de her. inst.* (2. 14.) L. 16. D. *de injusto* (28. 3.) L. 45. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 1. L. 6. L. 9. L. 14. L. 15. L. 20. pr. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 3. L. 6. § 1. L. 20. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 5. § 3. 4. D. *quando dies* (36. 2.). Da questa regola non s' incontrano che tre eccezioni: 1) nelle istituzioni captatorie, e prima anche 2) nei legati *poenae*, come pure 3) nelle istituzioni degli eredi legittimarii sotto una condizione non potestativa. Ma la seconda eccezione è cessata nel dritto di Giustiniano.

(26) L. 61. pr. D. *de man. test.* (40. 4.) L. 4. § 1. D. *de statu lib.* (40. 7.)

(27) L. 6. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 104. § 1. D. *de legat.* I. (30.) non si oppone la L. 84. § 7. D. *eod.*

(28) L. 6. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

qualche cosa non permessa o immorale (29); B. le *conditiones derisoriae*, per l'adempimento delle quali l'onorato si dovrebbe prostituire o render ridicolo (30); C. la *conditio jurisjurandi vel cautionis*, allorchè l'onorato per giungere alla successione debba in prima promettere con giuramento di adempire ad un peso impostogli, o prestare altrimenti cauzione, nel qual caso egli dee certamente adempire al peso, in quanto sia ammisibile, ma per l'Editto del Pretore vien liberato dalla prestazione del giuramento o della cauzione, affinchè egli per tal modo non venga stimolato all'adempimento di pesi illegittimi (31); D. la condizione di non maritarsi (32), in quanto non sia imposta ad una persona rimasta vedova, come *conditio viduitatis* (33), la quale eccezione fu introdotta dalla *lex Julia Miscella*, cioè senza dubbio dalla *lex Julia et Papia Poppaea*, dalla quale potè anche avere origine il rigetto della condizione di non maritarsi; ma solo pel caso che un conjuge ricevesse dall'altro un vantaggio sotto la condizione di rimanere nello stato vedovile, sebbene si ammetta qui la restrizione, che se il conjuge onorato sia senza figliuoli, e giuri di volersi rimaritare solo per avere dei figliuoli, debba cessare la *conditio viduitatis* (34), al che più tardi forse per un ignoto Senatoconsulto fu anche aggiunto, che il conjuge sopravvivente possa sempre succedere immediatamente mediante la prestazione della cauzione Muciana (35). La qual cosa di poi Giustiniano, dopo aver da prima in tutto rigettata quell'eccezione (36), estese finalmente in modo, che ogni testatore potesse validamente prescrivere la condizione di vedovanza, e che l'onorato non potesse allora pervenire alla successione se non dando cauzio-

(29) L. 9. L. 14. L. 15. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 20. D. *de cond. et dem* (35. 1.)

(30) L. 14. L. 27. pr. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

(31) L. 7. L. 8. D. *eod.* L. 29. § 2. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 20. L. 26. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(32) L. 22. L. 72. § 5. L. 77. § 2. D. *eod.* L. 63. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Nov. Majoriani tit. 6. § 3.

(33) Nov. 22. c. 44.

(34) Nov. 22. c. 43. Non si oppone L. 62. § 2. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(35) Nov. 22. c. 43. Confr. con L. 3. C. *de indicata viduitate* (6. 40.). Potrebbe parere maraviglioso che l'applicazione della cauzione Muciana qui abbia avuto bisogno di una speciale disposizione, ma dalla L. 7. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.), noi vediamo che in generale l'applicazione di questa cauzione non fu decisamente riconosciuta che nell'epoca imperiale.

(36) L. 2. L. 3. C. *de indicata viduitate* (6. 40.)

ne (37); E. la condizione di maritarsi a volontà di un terzo (38), mentre la condizione di sposare una determinata persona o di non sposarla è pienamente valida (39); F. la condizione di far divorzio (40), mentre al contrario la condizione di non far divorzio è valida (41) e G. la condizione di non lasciare un determinato luogo, salvo quando sia imposta ad un liberto del testatore (42). 2) *Per lo scopo della condizione*, il che presentasi in due applicazioni: A. Secondo un Senatoconsulto, la cui epoca non si può altramente determinare che da ciò che Cajo di già lo conosceva (43), ma Labeone non ne avea ancora notizia (44), son nulle tutte le disposizioni captatorie, cioè quelle tali disposizioni, per le quali alcuno non viene onorato che sotto la condizione che egli medesimo onori il testatore o altra persona da lui indicata, e cotali disposizioni son nulle, affinchè niuno si lasci determinare a corrispondere per riconoscenza all'intenzione egoista, che il testatore in cosiffatte disposizioni manifesta (45). Questo è uno dei pochi casi del dritto Giustinianeo, in cui la condizione produce la nullità di una disposizione di ultima volontà; ma non si trova però che sia anche nulla la disposizione, con la quale l'onorato abbia alla sua volta istituito per suo erede il testatore (46). B. Prima di Giustiniano erano anche nulle le disposizioni testamentarie fatte per pena di un erede, se questi non adempisse a certi pesi. Per verità non era senza controversia se per pena dell'erede gli potesse essere sostituito o aggiunto un altro (47); al contrario era ben fermata la teorica che i *legata et manumissiones poenae nomine* fossero invalidi, perchè aveano il solo scopo di costringere all'adempimento di un peso, e non procedevano da be-

(37) Nov. 22. c. 44.

(38) L. 72. § 4. L. 28. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(39) L. 31. L. 63. pr. § 1. L. 71. § 1. D. *eod.*

(40) L. 5. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(41) L. 101. § 3. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(42) L. 71. § 2. D. *eod.*

(43) L. 64. D. *de legat.* I. (30.)

(44) L. 20. § 2. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 29. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(45) L. 70. L. 71. L. 81. § 1. D. *de her inst.* (28. 5.) L. 64. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. D. *de his quae pro non script. hab.* (34. 8.) L. 11. C. *de test. mil.* (6. 21. *Bynkershoek* opusc. T. II. n. 5. *Sell* Saggi parte II. § 66.

(46) Di altra opinione è *Bynkershoek* l. c.c. 10. V. per contrario *Thibaut* Saggi parte I. n. 4. E anche mal fondata l'opinione di *Majans* disput. jur. T. II. n. 35. § 14. che ciò che si fosse lasciato al *testator captans* si dovesse confiscare, riguardandosi come indegno Sell l. c. p. 109. seg.

(47) Caj. II. 243. § 36. J. *de legatis* (2. 20.)

nevolenza verso il legatario (48), ma per questo effetto si richiedeva, che il legato non fosse semplicemente subordinato come a condizione al caso dell'inadempimento di un peso, ma fosse istituito per punire il gravato di una data omissione (49), e questo fin dal tempo di Cajo veniva applicato anche ai fedecommessi (50). Ma Giustiniano senza altri riguardi permise generalmente ai testatori di punire l'inosservanza dei pesi legittimamente imposti mediante l'ordinamento di legati da soddisfarsi in tal caso, mediante la sostituzione o aggiunzione di un altro onorato, o mediante la perdita della successione, la minaccia della quale perdita ora addimandasi *clausula privatoria* (51). 3) *Per la natura della disposizione condizionale* in tre casi, mentre A. l'istituzione dei figliuoli del testatore non può esser subordinata ad altre condizioni che alle pure potestative, nel caso contrario tutto il testamento è nullo (52); B. la legittima lasciata ad un erede legittimario, secondo la disposizione di Giustiniano, non può sottoporsi a condizioni, nondimeno qui cade soltanto la condizione, che per avventura vi fosse stata aggiunta; (53), e C. le condizioni risolutive generalmente non sono osservate nella istituzione di erede (54), il che però non vale quando il testatore è un soldato (55), ma in altri casi patisce semplicemente tre eccezioni indirette per la *cautio Muciana* (56), per la *clausula privatoria* (57), e per l'istituzione di fedecommessi universali condizionali (58).

(48) Caj. II. 235-237.; Ulp. XXIV. 17. L. 1. D. *de his quae poenae* (34. 6.). La notizia che trovasi in Capitolino in Anton. Pio c. 8. « *Primus constituit ne poenae causa legatum maneret* » si riferisce forse soltanto alla prima ricognizione legale di un principio formato per l'interpetrazione dei Giureconsulti. Nondimeno per quanto è noto, in generale la prima volta si fa discorso di ciò, dai contemporanei di Antonino, da Cajo, il che è pruova che Antonino Pio effettivamente sia stato l'autore della invalidità del *legato poenae*.

(49) L. 2. D. *eod.*; Ulp. l. c.

(50) Caj. II. 288.

(51) L. un. C. *de his quae poenae nom.* (6. 41.) § 36. J. *de legat.* (2. 20.)

(52) L. 4. L. 5. L. 6. pr. L. 86. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 15. L. 28. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 83. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 20. § 4. D. *de bon. lib.* (38. 2.) L. 4. C. *de inst. et subst.* (6. 25.); *Sell.* l. c. § 67. V. appresso § 347.

(53) L. 32. L. 36. § 1. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(54) L. 7. § 10. D. *de minor.* (4. 4.) L. 88. D. *de her. inst.* (28. 5.). Di altra opinione è *Wening-Ingenheim* nell' Arch. per la prat. civ. vol. I. n. 9.; V. al contrario *Thibaut* quivi vol. V. n. 13., *Zimmern* quivi vol. VII. n. 7.

(55) L. 6. L. 41. pr. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(56) V. Nota 17-24.

(57) V. Nota 51.

(58) V. § 388.

3.° Se si prendano a condizioni atti puramente potestativi dell'onorato, questi debbono seguire dopo la morte del testatore e con l'intenzione di adempiere la condizione (59), e quando il testatore non abbia determinato alcun tempo, l'onorato è tenuto di adempiere la condizione come prima egli può; e però nel caso d'indugio sulla richiesta degl' interessati può dal Giudice stabilirsi un termine (60). Ma qui del resto non si dee computare il tempo, durante il quale, sia stato ingiustamente da altri impedito di eseguire la condizione (61). Per le altre condizioni è sufficiente che le medesime in qualsivoglia tempo, durante la vita dell'onorato vengano adempiute, sia prima, sia dopo la morte del testatore, e non nuoce neppure se l'avvenimento preso per condizione era di già avvenuto al tempo che il testamento fu fatto, salvo se il testatore ne fosse stato consapevole; imperocchè allora si presume che egli abbia inteso che questo avvenimento dovesse nuovamente aver luogo (62).

4.° L'adempimento parziale di una condizione anche qui in generale non è sufficiente (63); intanto se più persone sieno state onorate sotto una condizione potestativa comune, e l'adempimento di questa condizione sia suscettiva di divisione, basta per ciascuno individualmente che egli abbia adempiuto la sua parte (64), mentre al contrario l'opinione di alcuni giuristi, i quali nelle condizioni indivisibili stimavano l'adempimento per parte di uno degli onorati tornare a vantaggio eziandio dei rimanenti, fu rigettata da Giustiniano, e per conseguenza ognuno che vuol succedere dee qui adempir per intero la condizione (65).

5.° Qui prescindendo dalle prescrizioni singolari di più Senatoconsulti sul legato della libertà, che in altre occasioni abbiamo già incontrate (66), una condizione non adempiuta si ritiene per adempiuta non solamente 1) allorchè, come avviene anche in altri casi, colui, al quale la disposizione condizionale toglie qualche cosa o impone qualche ob-

(59) L. 2. L. 11. § 1. L. 91. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(60) L. 23. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 29. D. *de cond. et dem.* (35. 1) L. 4. pr. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(61) L. 40. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(62) L. 45. § 2. D. *de legat.* II. (31.) L. 10. L. 11. pr. L. 68. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 7. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(63) L. 56. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(64) L. 44. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 56. L. 112. pr. § 2. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 11. § 1. L. 13. pr. § 1.2. D. *de man. test.* (40.4.) L. 13. § 2. D. *de statu lib.* (40. 7.)

(65) L. 6. C. *de condition.* (6. 46.)

(66) V. § 121. Nota 11-17.

bligo, ne impedisce l'adempimento, ovvero ne fa remissione (67), ma anche 2) allorchè l'onorato dee far qualche cosa, per la quale si richiede la cooperazione o il consentimento di altri, ed egli sia pronto all'adempimento, ma gli altri non vogliono cooperarvi (68). Era grandemente controverso presso i Romani se il medesimo fosse da ammettere, allorchè l'onorato, il quale avea la volontà di adempiere la condizione, e non si trovava in mora, ne fosse stato semplicemente impedito da un caso, giacchè molti decisamente il negavano (69) ed altri l'affermavano (70). Ora per verità Giustiniano in quanto al legato della libertà si attenne alla opinione affermativa (71), ma siccome la sua decisione procede evidentemente dal *favor libertatis*, così non comporta alcuna più ampia applicazione, e quindi in altri casi piuttosto si dee ritenere come non verificata la condizione (72). Per contrario 3) si può anche qui rapportare il caso che sia imposto all'onorato per condizione che debba ottenere un certo *status* in un determinato modo, ed egli l'abbia ottenuto in un altro modo, mentre allora la condizione del pari si dee ritenere per adempiuta (73), come pure 4) il caso che ad uno di più eredi sia imposta per condizione qualche cosa, la quale non sia d'interesse che pei coeredi, e questi non acquistino nulla, cosicchè rimanga egli solo, nel qual caso la condizione si estingue (74).

6.° E' molto singolare la disposizione di Giustiniano che i legati sotto la condizione che il gravato muoja celibe o senza figliuoli si debbano estinguere allorchè il gravato entra in un Chiostro, o fa voto di castità, eccetto allorchè siano destinati ad uno scopo pio (75).

(67) L. 24. L. 45. L. 81. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 5. § 5. D. *quando dies* (36. 2.) L. 161. D. *de R. J.* (50. 17.)

(68) L. 3. L. 11. L. 23. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 30. § 5. D. *de legat.* III (32.) L. 14. L. 31. L. 78. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 5. § 5. D. *quando dies* (36. 2.) L. 1. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(69) L. 23. § 2. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 6. § 1. L. 31. L. 94. pr. L. 112. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 19. L. 20. § 3. D. *de statu lib.* (40. 7.) L. 4. C. *de cond. insert.* (6. 46.)

(70) L. 8. § 7. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 54. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 20. pr. D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 13. § 1. L. 18. § 2. D. *de alim. legatis* (34. 1.) L. 81. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 1. C. *de legatis* (6. 37.)

(71) L. 7. C. *de cond. insert.* (6. 46.)

(72) Imperocchè la regola è certamente che le condizioni debbono effettivamente essere adempiute, e per conseguenza un'eccezione non può essere ammessa se non quando non cada dubbio sulla medesima. Confr. *Sell* l. c. § 55.

(73) L. 11. § 11. D. *de legat.* III. (32.) L. 15. D *quando dies* (36. 2.) L. 3. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(74) L. 20. pr. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 7. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(75) L. 53. § 2. C. *de episc.* (1. 3.) Nov. 123. c. 37.

7.° Sebbene i dritti condizionali di successione non si possano pienamente acquistare se non al verificarsi della condizione, nondimeno 1) un erede condizionalmente istituito può anche prima ottenere la *bonorum possessio secundum tabulas* (76), ma in tal caso, se vi siano dei sostituiti, deve eziandio prestar loro una cauzione a cagione dell'eredità (77), e 2) un legatario o fedecommessario condizionalmente nominato può richieder cauzione dal gravato a cagione del futuro adempimento del legato (78).

8.° Le condizioni verificate, nella istituzione di erede si riportano al tempo della morte del testatore, come se l'istituito fin d'allora fosse divenuto erede (79), ma ciò non ha mai luogo nei legati (80), se non che le disposizioni sopra gli oggetti legati, che il gravato nell'intervallo avesse fatte, divengono caduche (81).

2) *Determinazioni di tempo, modus, e causa.*

§ 314. Fra le disposizioni accessorie:

1.° Le determinazioni di tempo nella istituzione di erede, menochè il testatore non sia soldato (1), sono assolutamente inammessibili e non vi si ha riguardo, tanto se siano termini di cominciamento (2), quanto se siano termini finali (3); salvo che non si fosse indicato come termine di cominciamento un punto di tempo assolutamente incerto, giacchè questo vale come condizione (4), ovvero il testatore avesse semplicemente prescritto un tempo per l'adizione, nel qual caso l'osservanza di questo tempo costituisce del pari una condizione dell'acquisto (5). Per contrario nei legati e nelle altre disposizioni le determinazioni di tempo di ogni maniera sono perfettamente valide, ed è indifferente che

(76) L. 23. pr. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 3. § 13. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 2. § 1. L. 5. pr. L. 6. L. 10. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.)

(77) L. 12. D. *qui satisdare cog.* (2. 8.) L. 8. pr. D. *de stip. praetor.* (46. 5.

(78) V. § 375.

(79) L. 54. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 138. pr. L. 193. D. *de R. J.* (50. 17.)

(80) L. 98. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 14. § 3. D. *quando dies* (36. 2.)

(81) L. 81. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 3. § 3. C. *commun. de legat.* (6. 43.)

(1) L. 5. L. 41. pr. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(2) § 9. *I. de her. inst.* (2. 14) L. 9. § 13. L. 34. D. *eod.* (28. 5.). Non si oppone L. 9. C. *eod.* (6. 24.), quando si paragoni con la L. 4. § 1. D. *quando dies* (36. 2.). V. Nota 13.

(3) § 9. J. cit. L. 34. L. 88. D. *eod.*

(4) L. 75. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(5) L. 69. L. 72. D. *de adq. her.* (29. 2.); Caj. II. 164-168.

sieno indicate nelle individuali disposizioni, o una sola volta per tutte sieno comprese in una clausola generale (6); e Giustiniano espressamente abolì l'antica regola dei Giureconsulti Romani, che anche ai legati non si potesse aggiugnere un termine finale, al sopravvenire del quale si dovessero restituire (7). Ma un termine di cominciamento non sospende, come la condizione, l'acquisto del legato, ma sibbene ne differisce solamente la domanda (8), quantunque i frutti e gli utili che son ritratti nell'intervallo anche qui appartengano al gravato (9). Il perchè non è mestieri che il legatario sopravviva al giungere del termine (10), salvo allorchè si tratti di un tempo interamente incerto che vale come una condizione (11), al quale qui deviando dalla regola, si è assomigliato anche il giorno della morte del gravato, che è incerto soltanto relativamente, se in questo tempo debbasi prestare il legato, perocchè in tal caso l'onorato dee sopravvivere a questo giorno (12), mentre poi il giorno della morte dell'onorato si riguarda come un semplice termine per l'adempimento del legato e non già come una condizione (13). Ma sebbene un legato non possa mai domandarsi prima del determinato *dies ex quo*, pure sta del tutto in potere del gravato di adempierlo prima (14), purchè il termine non sia stabilito precisamente a vantaggio dell'onorato, pel motivo che l'adempimento prima di un certo tempo gli riuscirebbe dannoso (15).

2.° Il *modus* per contrario si può aggiugnere tanto alle istituzioni di erede, quanto ai legati e ad altre disposizioni (16). Per verità non si richiede che il *modus* sia anticipatamente adempiuto, il che lo fa differire dalla condizione sospensiva, quantunque anch'esso talvolta si

(6) L. 30. L. 31. D. *de legat.* I. (30.)

(7) L. 26. C. *de legatis* (6. 37.). I *legum conditores* qui senza dubbio sono i Giureconsulti del tempo antico, *Dirksen* Contribuzioni n. 2. Confr. Cic. top. c. 4.; L. 44. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7).

(8) L. 21. pr. D. *quando dies* (36. 2.) L. 9. D. *ut legator.* (36. 3.); Ulp. XXIV. 31.

(9) L. 45. L. 73. § 4. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

(10) L. 5. pr. § 1. D. *quando dies* (36. 2.) L. 46. D. *ad Sct. Trebell.* (36. 1.)

(11) L. 75. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 21. § 1. L. 22. pr. D. *quando dies* (36. 2.) L. 30. § 4. L. 49. pr. § 1-3. D. *de legat.* I. (30.) L. 3. C. *quando dies* (6. 53.)

(12) L. 1. § 2. L. 79. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 4. pr. D. *quando dies* (36. 2.) L. 12. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

(13) L. 4. § 1. D. *quando dies* (36. 2.) L. 79. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(14) L. 1. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(15) L. 15. D. *de annuis legatis* (33. 1.) L. 17. D. *de R. J.* (50. 17.)

(16) L. 50. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 7. D. *de annuis legatis* (33. 1.) L. 17. § 4. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

addimandi *conditio* (17), e se il medesimo 1) è prescritto ad un onorato semplicemente a suo proprio benefizio, allora l'adempimento dipende assolutamente dalla sua libera volontà (18), il che segnatamente ha luogo anche nella così detta *adoptio per testamentum*, nell'ingiunzione cioè di prendere il nome del testatore, e però l'onorato quì non può esser costretto a mutare il nome (19). Ma 2) se il *modus* abbia qualche altro interesse, si può al certo adoperare il costringimento per l'esecuzione, ed in ciò si osservano i seguenti principii: A. se il *modus* si è imposto ad eredi, il magistrato può di ufficio costringerli all'adempimento, e se vi sono coeredi possono anch'essi intentare un'azione per l'adempimento (20). B. Del pari il magistrato può costringere gli schiavi manomessi per testamento ad adempire il *modus* che loro fu imposto (21). C. Se poi il *modus* sia aggiunto ad un legato, allora non solo gli eredi hanno facoltà di vigilare ed agire per l'adempimento, ma il gravato non è neppure tenuto a rilasciar prima il legato, finchè non gli sia prestata una sufficiente cauzione per l'adempimento del *modus* (22), e se l'onorato senza volontà del gravato abbia già conseguito l'oggetto legato, ma non abbia a tempo debito adempiuto il *modus*, il gravato può richiedere anche la restituzione di ciò che avrebbesi dovuto spendere per l'esecuzione del *modus* (23). D. Finalmente se il *modus* consiste nel dover dare qualche cosa ad un terzo, anche questi, secondo una disposizione di Gordiano, può sempre agire per la prestazione, come se questa gli fosse stata legata (24), mentre da prima ciò avea luogo soltanto per il divieto di alienare fatto a benefizio di terzi (25). L'impossibilità di eseguire l'incarico, o l'oscurità e non intelligibilità del medesimo libera naturalmente da ogni pretensione (26), e l'intenzione o volontà pronta ad eseguire, allorchè un altro dee cooperare ma non vuole, quì del pari che nelle condizioni, equivale sempre all'adem-

(17) L. 44. D. *de man. test.* (40. 4.). Non si oppone L. 1. C. *de his quae sub modo* (6. 45.)

(18) L. 71. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 114. § 14. D. *de legat.* I. (30.)

(19) L. 63. § 10. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) V. § 97. Nota 59-61.

(20) L. 50. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 7. D. *de annuis legatis* (33. 1.) L. 18. § 2 D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 5. C. *eod.* (3. 36.)

(21) L. 44. D. *de manum. test.* (40. 4.)

(22) L. 19. D. *de legat.* III. (32.) L. 40. § 5. L. 71. pr. L. 80. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(23) L. 17. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(24) L. 2. C. *de his quae sub modo* (6. 45.)

(25) L. 69. § 3. L. 77. § 27. D. *de legat.* II. 31.)

(26) L. 27. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

pimento (27). E' singolare che secondo i Rescritti di Settimio ed Alessandro Severo i divieti di alienare fatti per testamento, ad un onorato a benefizio dei suoi successori, al tutore dell' onorato a benefizio di quest' ultimo, debbano render nulla l'alienazione, allorchè non sia necessario di farla per soddisfare i creditori (28).

3.° Non è mai necessario che s' indichino le cagioni *causae* delle disposizioni, e se ciò siasi fatto, non importa nulla se siano vere o false, imperocchè il testatore può a bella posta aver indicato una cagione falsa, purchè non sia dimostrato che il medesimo sia caduto in errore (29), o la causa non siasi espressamente allegata come condizione della disposizione (30).

III. Requisiti della dichiarazione di volontà:

1) *Generalità.*

§ 315. Non altrimenti che tutti gli affari giuridici, anche le disposizioni di ultima volontà debbono esser perfette (1), sebbene s'incontrino dei casi, nei quali almeno per un certo tempo si ebbe riguardo eziandio alle disposizioni imperfette (2). Secondo il dritto civile antico nei testamenti tutto dovea essere espresso *verbis imperativis* s. *directis* ed in latino (3), e le istituzioni di erede doveano assolutamente stare innanzi ad ogni altra disposizione (4). Quest' ultima cosa fu abolita primamente da Giustiniano con una costituzione che si è smarrita (5); ma la necessità delle parole di comando fu di già rigettata dai Proculiani per le nomine di tutori (6), e dopo che si prese per mezzo dei fedecommessi

(27) L. 1. C. *de his quae sub modo* (6. 45.) V. § 313. Nota 68.

(28) L. 114. § 14. D. *de legat.* I. (30.) L. 2. C. *de usucap. pro emptore* (7. 26.)

(29) Ulp. XXIV. 19.; L. 52. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 1. § 8. D. *de dote prael* *leg.* (33. 4.) L. 17. § 2. L. 72. § 6. D. *de cond. et dem.* (35. 1). L. 1. C. *de falsa causa adjecta leg.* (6. 44.) V. § 325.

(30) L. 17. § 3. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) § 31. J. *de legatis* (2. 20.)

(1) § 7. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) L. 25. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 3. L. 21. § 3. C. *de testam.* (6. 23.)

(2) L. 2. D. *de injusto* (28. 3.) Confr. con Nov. Theod. II. tit. 16. § 7. L. 21. § 5. C. *de testam.* (6. 23.) e L. 1. C. Th. *fam. herc.* (2. 24.) L. 26. C. *eod.* (3. 26.) Confr. con Nov. 18. c. 7. Nov. 107. c. 3. V. anche L. 12. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

(3) Caj. II. 116. 117.; Ulp. XXI. 1. XXIV. 1. XXV. 9. Nov. Theod. II. tit. 16. § 8.

(4) Caj. II. 229-231.; Ulp. I. 20. XXIV. 15.; Paul. S. R. III. 6. § 2.

(5) § 34. J. *de legatis* (2. 20.)

(6) Caj. II. 231. 289.

l'abitudine di badare generalmente più al contenuto che all'espressione della volontà, Costantino in generale dichiarò essere indifferente la maniera come il testatore si fosse espresso, purchè la sua intenzione fosse manifesta (7), pel qual modo nel tempo stesso si ammise di poter testare non solo in quella lingua che piacesse (8), ma eziandio per segni, il che prima solo pei fedecommessi potea aver luogo (9), e per tal ragione Giustiniano permise di poi anche ai muti di poter fare testamento (10). Fu poi sempre permesso di servirsi in vece dei nomi delle persone o delle cose, di altre indicazioni *demonstrationes* (11). Soltanto, se l'onorato fosse stato semplicemente indicato per via di una dimostrazione ingiuriosa, la disposizione che lo riguardava era nulla (12). Generalmente poi il testatore deve esso medesimo determinare ciò che egli vuole, e non può commettere il contenuto della sua disposizione alla determinazione di un altro (13), anzi neppure far dipendere direttamente dall'arbitrio di un altro l'esistenza di una disposizione (14), sebbene ciò possa indirettamente avvenire, allorchè egli aggiunge come condizione un fatto che dipenda dalla volontà di alcuno (15). Intanto queste regole patiscono parecchie eccezioni principalmente nei legati. Imperocchè 1) si può rimettere all'arbitrio di un terzo il decidere se un legato debbasi dare o no, almeno tale era l'opinione di Ulpiano (16); 2) inoltre l'istituzione di un legato si può sempre subordinare alla discrezione

(7) Eusebii Vita Constantini IV. 26.; L. 15. C. *de testam.* (6. 23.) L. 21. C. *de legatis* (6. 37.) § 2. J. *eod.* (2. 20.)

(8) 8. Nov. Theod. II. tit. 16. § 8. L. 21. § 6. C. *de testam.* (6. 23.) Confr. con L. 11. pr. D. *de legat.* III. (32.) Dalla L. 20. § 9. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) non segue che ciò fosse già prima ammesso; imperocchè in questa legge si è potuto intendere del caso in cui soltanto i testimoni non sapeano di latino. Nondimeno una scrittura in cifre non è mai ammessa L. 6. § 2. D. *de bon. poss.* (37. 1.)

(9) L. 21. pr. D. *de legat.* III. (32.) L. 22. C. *de fideicomm.* (6. 23.)

(10) L. 10. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.) L. 29. C. *de testam.* (6. 23.) V. § 317 Nota 22. e 23.

(11) L. 17. pr. § 1. L. 34. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 9. § 8. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 6. D. *de reb. cred.* (12. 1.); Ulp. XXIV. 18. 19.; *J. Averranii* interp. V. 13-24. Non si oppone L. 5. D. *de reb. dub.* (34. 5.)

(12) L. 9. § 8. L. 48. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 54. pr. D. *de legat.* I. (30).

(13) L. 32. D. *de her. inst.* (28. 5.) *Schrader* tratt. del dritto civ. parte I. n. 3.; *Neustetel* nell' Arch. per la prat. civ. vol. III. n. 7.

(14) L. 68. D. *eod.* L. 52. D. *de cond. et dem.* (35. 1.). Non si oppone L. 11. § 5. D. *de legat.* III. (32.)

(15) L. 68. D. cit. L. 52. D. cit.

(16) L. 43. § 2. D. *de legat.* I. 30.) L. 1. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 46. § 2. D.

di alcuno, anche dello stesso gravato, *arbitrium boni viri* (17); e tanto più 3) l'ammontare e l'esecuzione del medesimo (18). 4) Per rispetto al tempo dell' adempimento di un legato è anche lecito di rimetterlo all'arbitrio del gravato (19), nel qual caso il legato non diviene esigibile che alla sua morte (20). 5) E' anche sempre permesso di concedere ad altri un dritto di scelta fra più legati, fra più onorati, o fra più oggetti di un legato (21). 6) Finalmente il testatore può sempre lasciare all'arbitrio dell'onorato l'accettazione della disposizione, anche nel caso che questi non potrebbe altramente rinunciare (22), da ciò però segue anche l' effetto che la dichiarazione dell' accettazione diviene una condizione dell'acquisto (23). D'altra parte è indifferente se nelle disposizioni scritte il testatore medesimo le scriva, o le faccia scrivere da un altro. Questa differenza solamente ha qualche influenza sulle formalità da osservarsi (24); e di più colui che scrive in vece del testatore non può scriver nulla a vantaggio suo proprio, o di coloro che sono a lui congiunti mediante la *potestas* (25). Per effetto del Senatoconsulto Liboniano sotto Tiberio an. di R. 769. (16. dopo Cr.) (26) cotali disposizioni eran riguardate come falsamente inserite contro la volontà del testatore, e però non solamente eran nulle (27), ma lo scritto-

de fideic. lib. (40. 5.). Ulpiano trova indifferente se alcuno ponga per condizione un'azione volontaria di un terzo, ovvero ponga direttamente il legato nell'arbitrio di costui; ma egli è solo in quest'opinione, e per esser conseguente avrebbe dovuto argomentare nello stesso modo per le istituzioni di erede, il che nondimeno nella L. 68. D. *de her. inst.* (28. 5.) egli non fa.

(17) L. 75. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 46. pr. § 3. D. *de fideicomm. lib.* (40. 5.)

(18) L. 1. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 43. D. *de legat.* III. (32.) L. 14. D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 6. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(19) L. 46. D. *de fideic. lib.* (40. 5.)

(20) L. 11. § 6. L. 41. § 13. D. *de legat.* III. (32.) Confr. § 221. Nota 4.

(21) L. 71. pr. L. 110. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. § 1. L. 16. L. 24. L. 67. § 7. L. 77. § 4. 25. D. *de legat.* II. (31.) L. 8. § 1. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 46. § 5. D. *de fideic. lib.* (40. 5.) L. 3. C. *commun. de legat.* (6. 43.)

(22) L. 86. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 12. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

(23) L. 65. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 69. D. *de cond. et dem* (35. 1.) L. 46. § 1. D. *de fideic. lib.* (40. 5.)

(24) V. § 320.

(25) L. 4. L. 10. L. 11. L. 14. pr. § 1. L. 18. pr. L. 22. § 2. D. *ad leg. Corn. de fals. et de Sct. Libon.* (48. 10.)

(26) La mia St. § 101. Nota 6.

(27) L. 1. L. 5. D. *de his quae pro non script. hab.* (34. 8.) L. 4. L. 10. L. 11. L. 14. § 1. 2. D. *ad leg. Corn. de fals.* (48. 10.) L. 3. L. 4. C. *de his qui sibi adscrib.* (9. 23.) L. 29. D. *de test. tut.* (26. 2.)

re come falsario incorreva eziandio nella pena della *lex Cornelia de falsis* (28). Nondimeno pare che questo Senatoconsulto abbia riguardato soltanto le istituzioni di erede, o abbia solamente punito la falsità dolosamente commessa (29); imperocchè un Editto di Claudio espressamente lo estese nel senso che ognuno, il quale scriva per se un legato, debba esser punito secondo la *lex Cornelia* (30), il che fu ripetuto da un Senatoconsulto sotto Nerone (31). Facevasi intanto eccezione quando il testatore di propria mano avesse scritto la sua approvazione (32), o quando lo scrittore fosse il più prossimo erede *ab intestato* del testatore (33), e per lo meno cessava la pena, quando un soldato che avea scritta la disposizione, avesse ignorata questa legge (34), o uno schiavo del testatore avesse scritto per suo comando (35). Non è poi affatto invalido ciò che lo scrittore del testamento abbia scritto a suo danno (36).

2) Per rispetto alla disposizione.

§ 316. Una moltitudine di regole particolari riguarda a l'indicazione dell'onorato e dell'oggetto della disposizione. In generale per questo non si richiede propriamente una dichiarazione esplicita, ma basta che anche implicitamente si dichiari se, come, ed in qual misura alcuno debba essere onorato (1), purchè si possa sicuramente conoscere ciò che si è voluto (2). Per verità finchè furono in voga gli antichi principii sulla dichiarazione di volontà nei testamenti (3), per le istituzioni di erede, pei legati, e per le nomine di tutori non poteva che in grado molto

(28) L. 1. § 7. L. 5. L. 6. pr. § 1. 2. 3. L. 9. § 3. L. 10. L. 11. L. 14. § 2. L. 15. pr. D. *ad leg. Corn. de fals.* (48. 10.) L. 3. L. 4. C. *de his qui sibi adscrib.* (9. 23.)

(29) Per quest' ultima idea si può argomentare dalla Collat. VIII. 7.

(30) L. 15. pr. L. 14. § 2. D. *ad leg. Corn. de fals.* (48. 10.) L. 3. C. *de his qui sibi adscrib.* (9. 23.)

(31) Sueton. in Nerone c. 17. Per conseguenza anche la L. 10. D. *ad leg. Corn. de fals.* (48. 10.) parla in plurale di Senatoconsulti sopra quest' oggetto.

(32) L. 15. § 1. D. *eod.* L. 2. C. *de his qui sibi adscrib.* (9. 23.)

(33) L. 15. § 5. D. *eod.* L. 1. C. *eod.*

(34) L. 5. C. *eod.* Confr. con L. 15. pr. D. *eod.*

(35) L. 15. § 2. 3. D. *eod.* L. 6. C. *eod.*

(36) L. 8. § 6. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

(1) *Crell* de legato tacito et implicito in diss. et progr. Halae 1775-84. 8. Fasc. VII. n. 54.; *Voet* comm. ad Pand. XXVIII. 5. § 12-20.

(2) V. § 329.

(3) V. § 315. Nota 3. e 4.

ristretto parlarsi di una semplice manifestazione della volontà del testatore (4); ma secondo il dritto nuovo in tutte le specie di disposizioni viene ammessa quella libertà, che per questo rapporto nei fedecommessi da principio fu introdotta. Nondimeno qui si debbono tuttavia prendere in considerazione i seguenti principii particolari. 1) Se l'indicazione dell'onorato può riferirsi egualmente a molti, senza che si sappia di quale di costoro si sia inteso ragionare, niuno può ottenere nulla (5), e lo stesso è quando in luogo di colui, che s'intendea, per inavvedutezza se n'è nominato un altro (6). 2) Se una disposizione mediatamente e per modo di conseguenza sia di utile a più persone, ciò non ostante non si ritiene come onorato se non colui, per cagione del quale ed a benefizio del quale la disposizione fu fatta (7); ma se la disposizione è fatta per tornare a vantaggio di più, tutti quanti son da riguardare come onorati (8). Per conseguenza di ciò anche Gordiano determinò che un *modus* imposto all'onorato per vantaggio di un terzo contenga nel tempo stesso una disposizione rispetto a questo terzo, il che da prima non era ammesso (9). Per contrario nelle condizioni non si scorge veruna disposizione a vantaggio di alcuno (10), per la qual cosa A. allorchè ad un onorato non si è imposto di prestar qualche cosa ad alcuno, ma della detta prestazione si è fatta invece una condizione per poter succedere, in ciò non vi è una disposizione a favore del terzo (11), sebbene ciò che si da per l'adempimento di questa condizione, *quod implendae conditionis causa datur* possa per alcuni rapporti assomigliarsi ad un legato (12), e B. quando alcuno è onorato solo pel caso che non siavi un altro, que-

(4) Ci offrono degli esempii le L. 1. § 4. 5. *de her. inst.* (28. 5.) L. 59. § 8. L. 77. § 27. D. *de legat.* II. (31.)

(5) L. 62. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 3. § 7. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 28. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 31. D. *de manum. test.* (40. 4.)

(6) L. 9. pr. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 3. D. *de reb. dub.* (34. 5.)

(7) L. 8. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5.) L. 69. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. § 20-22. D. *de legat.* III. (32.) L. 3. § 4. 5. D. *de liberat. leg.* (34. 3.)

(8) L. 3. § 4. 5. D. cit.

(9) L. 2. C. *de his quae sub modo* (6. 45.) V. § 314. Nota 23.

(10) Sopra la falsa regola che il Bartolo ed altri antichi pratici deducevano specialmente dalla L. 8. D. *de dotis collat.* (37. 7.): *Conditionalia sunt etiam in dispositione* veggasi *A. Faber* conject. jur. civ. XVII. 17.

(11) L. 8. D. *si quis omissà causa test.* (29. 4.) L. 55. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 19. § 1. L. 24. § 1. V. *quando dies* (36. 1.) L. 8. pr. D. *de mort. causa don.* (39. 6.)

(12) V. § 372. Nota 45.

st' ultimo non si riguarda come onorato in primo luogo, *positus in conditione non est institutus* (13), eccetto pei legati sotto la condizione che il gravato non lasci figliuoli, nel qual caso i figliuoli esistenti alla morte del medesimo possono ritenere la cosa legata (14). 3) Sopra il modo come si avesse a trattare il caso che più persone fossero alternativamente onorate ed a niuno ne fosse affidata la scelta, erano i Giureconsulti Romani molto divisi di opinione. Ma Giustiniano decise che allora i nominati alternativamente dovessero concorrere a porzioni eguali (15). S'intende poi di per sè che quando più persone sono state insieme onorate, queste concorrono con egual dritto e per conseguenza ottengono porzioni eguali, senza esser mestieri che ciò sia espresso (16). Nondimeno il testatore può prescrivere un'altra partizione (17), ovvero pei legati può determinare che ciascuno debba avere l'intero legato (18), e se da prima ad uno soltanto sia lasciata l'eredità o un legato, e di poi se ne lasci ad un altro una determinata porzione, il primo, secondo la decisione di Giustiniano, non ottiene se non ciò che rimane (19). 4) Se sia stato onorato un complesso di persone, la disposizione torna a benefizio di tutti coloro, che alla morte del testatore si trovano appartenere a questo complesso, sebbene non vi appartenesero ancora al tempo che il testamento fu fatto (20). Solo però sono da eccettuare coloro, che il testatore, sebbene per errore, abbia creduti inesistenti (21). Se per contrario un onorato sia stato indicato per mezzo di una qua-

(13) L. 16. § 1. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) *A. Faber* de error. Pragm. XXVI. 1.

(14) L. 85. D. *de hered. inst.* (28. 5.) L. 77. § 13. D. *de legat.* II. (31.) L. 17. § 5. 8. L. 57. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 6. C. *de inst. et subst.* (6. 25. *Franz Mantica* de conject. ult. vol. XI. 2.; *Heisler* diss. de liberis positis in condit. in exerc. acad. Halae 1776. 4. n. 5. Ora senza dubbio si riguarderebbe come istituzione dei figliuoli, se il testatore avesse detto: se io morirò senza figliuoli, allora X sarà mio erede, sebbene la L. 16. § 1. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) sia contraria, ma solo per cagione dell'antica regola, che i figliuoli doveano nominatamente essere istituiti o diseredati, altrimenti il testamento era nullo (§ 347.). In generale sarebbe conforme allo spirito del nuovo dritto di riguardare il *positus in conditione* come onorato in primo luogo.

(15) L. 4. C. *de verb. signifi.* (6. 38.)

(16) L. 9. § 12. D. *de her inst.* (28. 5.) L. 33. D. *de legat.* I. (30.) L. 80. D. *de legat.* III. (32.)

(17) L. 13. L. 17. § 1. 2. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 13. C. *eod.* (6. 24.)

(18) L. 33. D. *de legat.* I. (30.) L. un. § 11. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(19) L. 23. C. *de legatis* (6. 37.)

(20) L. 20. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 17. § 1. L. 32. § 6. D. *de legat.* II. (31.) L. 5. D. *de test. tut.* (26. 2.). Qui si riferivano anche presso i Romani i legati a favore delle tribù o della plebe, i quali erano distribuiti fra le persone individuali. *Tacit.* Ann. I. 8.; *Sueton.* in Octav. c. 101. in Tiber. c. 76.

(21) Arg. L. 16. § 3. 4. D. *eod.* L. 25. pr. D. *de lib. et posth.* (28. 2.)

lità o rapporto (22), nel quale alla morte del testatore si trovi una persona diversa da quella che al tempo in cui fecesi il testamento vi si trovava, allora nel dubbio la disposizione si riferisce solo a colui che al tempo in cui il testamento fu fatto trovavasi nel rapporto indicato, il che patisce solo eccezione per le disposizioni fatte a favore del Sovrano o di un impiegato (23). 5) Il testatore può validamente riserbare ai codicilli futuri un' indicazione e delle determinazioni più esatte per rapporto ad una disposizione, ed allora se in questi non si troveranno siffatte determinazioni suppletorie, è da vedere se la disposizione, anche senza le medesime, abbia o non abbia un tal senso che si possa eseguire (24). Non per tanto il nome dell'erede, la cui indicazione da prima potea riserbarsi eziandio ad un codicillo (25), secondo il prescritto di Giustiniano, deve assolutamente contenersi nel testamento (26). 6) Secondo l' antico dritto Romano la disposizione fatta a favore di persone incerte era invalida (27). Cioè, sebbene il testatore non abbia mestieri di conoscer personalmente l' onorato (28), nondimeno secondo l' idea primitiva ogni disposizione dovea essere o almeno poter essere una pruova speciale di benevolenza o di fiducia, il che non si può intendere nel caso che il testatore non conosce chi egli propriamente onori (29). Si riteneva poi come disposizione a favore di persone incerte A. principalmente se l'onorato era indicato per modo che non si potea prevedere su di chi l' indicazione potrebbe trovare applicazione (30), soltanto

(22) P. es. la moglie del testatore, il Sindaco del Comune, il Sovrano etc.

(23) L. 56. L. 57. D. *de legat.* II. (31.) L. 47. § 1. D. *de legat.* III. (32.) L. 89. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.); *Voet* l. c. XXVIII. 5. § 14. Non si oppone L. 5. D. *de lib. et posth.* (28. 2.)

(24) L. 36. L. 77. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 10. pr. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 38. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 8. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(25) L. 77. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(26) L. 29. D. *de testam.* (6. 23.). Per questo passo manifestamente la L. 77. D. cit. fu mutata, al che generalmente non si bada; imperocchè si parla tuttavia dei così detti testamenti mistici come ancora permessi.

(27) Caj. II. 238-242.; Ulp. XXII. 4-6.; Paul. S. R. III. 6. § 13.; L. 9. § 9. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 20. pr. D. *de test. tut.* (26. 2.) § 25-28. J. *de legat.* (2. 20.); Theoph. ad h. l.

(28) L. 46. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 11. C. *eod.* (6. 24.) § 12. J. *eod.* (2. 14.) § 10. J. *de excus. tut.* (1. 25.)

(29) Questa limitazione non si applicava a ciò che doveasi dare dall' onorato semplicemente *conditionis implendae causa* L. 4. D. *de reb. dub.* (34. 5.), imperocchè qui non si presuppone la benevolenza verso colui che riceve.

(30) Caj. II. 238.

eccettuavasi il caso che l'indicazione non potesse cadere che sopra uno di più individui determinati, *institutio personae incertae sub demonstratione certa* (31), al che apparteneva eziandio il caso di una scelta lasciata a fare tra più onorati (32), imperocchè qui poteasi immaginare una benevolenza del testatore estesa a tutti questi individui. B. Inoltre riguardavasi anche come una disposizione a favore di persone incerte quando alcuno gratificava non già i suoi proprii figliuoli futuri *posthumos suos*, pei quali è ben naturale la benevolenza, ma i figliuoli futuri di altre persone, *posthumos alienos* (33) e C. da ultimo anche il caso che un testatore onorasse una corporazione, *universitas personarum*, imperocchè il possibile cangiamento delle persone rendeva incerto a quali individui dovesse in fine l'istituzione tornare a beneficio (34). Intanto l'invalidità delle disposizioni a vantaggio di persone incerte da principio non riguardava i fedecommessi, finchè un Senatoconsulto sotto Adriano assoggettò anch'essi sotto questo rapporto alla regola generale (35). Ma questa regola a poco a poco venne messa da banda. Da prima l'Editto del Pretore promise ai postumi alieni istituiti eredi la *bonorum possessio secundum Tabulas* (36). Di poi parte per costituzioni Imperiali, parte per Senatoconsulti furon permesse le disposizioni a favore di corporazioni (37). La prima fu senza dubbio una costituzione di Nerva, che riconobbe come validi i legati fatti ai Comuni, su di che diede delle disposizioni più particolari un Senatoconsulto sotto Adriano, probabilmente quel medesimo, che assoggettò i fedecommessi ai principii sulle disposizioni a vantaggio di persone incerte (38). Un Rescritto di Antonino Pio estese ciò ai legati fatti ai villaggi (39), ed

(31) Caj. l. c.; Ulp. XXIV. 18. L. 9. § 10. 11. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 11. pr. D. *de reb. dub.* (34. 5.) § 25. J. *de legatis* (2. 20.)

(32) L. 24. L. 67. § 7. L. 77. § 4. 25. D. *de legat.* II. (31.) L. 8. § 1. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 57. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 46. § 5. D. *de fideicomm. lib.* (40. 5.)

(33) Caj. II. 241. 242. 287.; § 26. J. *de legat.* (2. 20.)

(34) Ulp. XXII. 5.

(35) Caj. II. 287.; Ulp. XXV. 13.

(36) L. 3. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.) § 28. J. *de legat.* (2. 20.) pr. J. *de bon. poss.* (3. 9.)

(37) *Dirksen* tratt. civ. vol. II. p. 128. seg.

(38) Ulp. XXIV. 28. Confr. L. 117. D. *de legat.* I. (30.) L. 16. L. 17. D. *de usufr. leg.* (33. 2.) L. 2. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 12. C. *de her. inst.* (6. 24.). Intanto la costituzione di Nerva è da riguardarsi semplicemente come la prima ricognizione legale, imperocchè anche prima s'incontrano esempii di legati in favore dei municipii, segnatamente sotto Tiberio e Claudio: Sueton. in Tiber. c. 37. Plin. Epist. X. 75.

(39) L. 73. § 1. D. *de legat.* I. (30.) V. Nota 35.

un Senatoconsulto sotto Marco Aurelio ai legati fatti a corporazioni di ogni maniera (40). Per un Senatoconsulto Aproniano sotto Adriano fu inoltre permesso di dare ai Comuni delle Città dei fedecommessi universali, ed anche a questi fedecommessi fu applicato il *Sctum Trebellianum* (41). Forse questo fu il medesimo Senatoconsulto, che conteneva eziandio le due altre menzionate disposizioni, del tempo di Adriano; ma diverso da questo e ben più recente fu un altro Senatoconsulto non ben conosciuto, dal quale fu permesso ai liberti delle Città di istituir queste per eredi (42); ma da quì provenne ben presto l'opinione che in generale ogni corporazione e da ognuno potesse essere istituita erede (43). Anzi l'Editto del Pretore stabilì eziandio il principio che la *bonorum possessio secundum Tabulas* debba ritenersi come accettata da parte delle corporazioni istituite, quantunque niuno ne abbia fatta la domanda (44). Da Costantino furono complessivamente riconosciute come capaci di succedere anche le associazioni o Comunità Ecclesiastiche (45). E al tempo dei posteriori Imperadori Cristiani si andò anche più innanzi, imperocchè si riguardò come valida la disposizione fatta a favore dei poveri, o dei prigioni di qualche luogo, il che primamente Valentiniano III. approvò per rispetto ai legati lasciati a' poveri (46), e Marziano poi in aggiunta permise ai testatori di stato Ecclesiastico anche di istituire i poveri ad eredi (47); di poi Leone ed Antemio del pari confermarono i legati a favore dei prigioni (48), e finalmente Giustiniano permise in generale l'istituzione dei poveri e dei prigioni, con l'aggiunta che quando fossero stati onorati i poveri o prigioni senza in-

(40) L. 21. D. *de reb. dub.* (34. 5.) Confr. L. 8. C. *de her. inst.* (6. 24.)

(41) L. 26. L. 27. pr. L. 57. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. un. § 1. D. *de lib. univers.* (38. 3.)

(42) Ulp. XXII. 5. L. un. § 1. D. cit.

(43) L. 66. § 7. D. *de legat.* II. (31.) L. 1. § 15. L. 6. § 4. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 12. C. *de her. inst.* (6. 24.) Se Plin. Epist. V. 7. dice il contrario, da ciò naturalmente non si può trarre nulla in contrario, giacchè egli scriveva sotto Trajano. Ma l'esempio menzionato da Tacit. Ann. IV. 43. della istituzione della Città di Marsiglia da parte di un esule Romano sotto Tiberio, neppure pruova che le Città potessero prima essere istituite eredi; imperocchè questo caso non cadeva certamente sotto il dritto Romano, essendo Marsiglia una *Civitas libera*.

(44) L. 3. § 4. D. *de bon. poss.* (37. 1.). Verisimilmente questo accadde per effetto del Senatoconsulto menzionato nella Nota 42.; imperocchè l'Editto non può essere più recente di Adriano; V. la mia St. § 111.

(45) L. 1. C. *de sacrosanctis eccles.* (1. 2.)

(46) L. 24. C. *de episc. et cler.* (1. 3.)

(47) Nov. Martiani tit. V. 52.

(48) L. 28. pr. C. *eod.*

dicazione del luogo, questo s'intendesse esser quello del domicilio del testatore (49). Un'altra indiretta estensione delle disposizioni a favore di persone incerte sta anche nel divieto introdotto da Antonino Pio di richiedere indietro i legati invalidi, dopo che per errore di dritto fossero stati sodisfatti (50). Ma infine Giustiniano dichiarò in generale esser valide le disposizioni a favore di persone incerte, colla sola eccezione che un tutore nominato debba assolutamente essere una persona determinata (51).

IV. Capacità di fare un atto di ultima volontà.

§ 317. Non tutti possono validamente fare delle disposizioni di ultima volontà, e certamente per questo rapporto valgono eguali principii per le disposizioni di ultima volontà di ogni maniera (1). La capacità di far queste disposizioni vien detta *testamenti factio* in senso stretto (2), mentre in un senso più ampio s'intende per essa il dritto di esser trattato negli affari dell'eredità, secondo il dritto Romano (3), dal che è manifesto come la *testamenti factio* in quel senso può esser negata a persone, alle quali compete la *testamenti factio* in quest'ultimo senso (4). Sono poi incapaci:

1.° Tutti coloro, ai quali manca il *jus testamenti factionis* nel significato più ampio (5), e siccome i Romani concedevano questo dritto oltre ai cittadini di Roma ai Latini soltanto, così per questa ragione sono, o erano da prima esclusi dal testare 1) i peregrini propriamente det-

(49) L. 49. C. *eod.* Nov. 131. c. 11.

(50) § 25. J. *de legatis* (2. 20.) V. § 278. Nota 43.

(51) La disposizione di Giustiniano intorno a ciò non esiste più, imperocchè la L. un. C. *de incertis personis*, (6. 48.) non è che un sunto difettoso che ci ha conservato il *Photii Nomocanon* tit. 2. cap. 1., e quindi è da annoverarsi tra le *leges restitutae*; ma il contenuto viene indicato nel § 27. 28. J. *de legatis* (2. 20.) pr. J. *de bon. poss.* (3. 9.); Theoph. ad h. l. Confr. *Strauch* ad Const. deperditam de personis incertis. Jenae 1671. 1714. 4.; *Bau* Hist. jur. civ. de person. incert. ex testamento heredibus. Lipsia 1784. 4.; *Witte le leges restitutae* del codice di Giustiniano. Breslau 1830. p. 200. seg.

(1) L. 6. § 3. L. 8. § 2. D. *de codicill.* (29. 7.) L. 10. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.)

(2) L. 18. pr. L. 19. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 8. § 2. D. *de codicill.* (29. 7.). I moderni sogliono chiamare *testamenti factio activa* la capacità di testare, e *testamenti factio passiva* la capacità di essere istituito erede.

(3) La mia St. § 5. Nota 5.

(4) L. 16. L. 18. pr. L. 19. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) § 4. J. *de her. qual. et differ.* (2. 19.)

(5) Caj. II. 114. L. 4. D. *eod.*

ti, (6) compresi gli ostaggi, la cui successione ricadeva al Tesoro dello Stato, quando non si fosse data loro una speciale facoltà di fare un testamento (7), ed era del resto indifferente se i peregrini fossero sudditi dello Stato, o veri stranieri, e se secondo il dritto particolare della loro Patria potessero testare o no (8); 2) Quelli che per effetto dell'esilio, *interdictio aquae et ignis*, o della deportazione, *deportatio in Insulam* vel *oasin* aveano perduto la Cittadinanza (9), il che nondimeno non è da estendersi ai semplici relegati (10); 3) Quei tali libertini, i quali secondo la *lex Aelia Sentia* divenivano soltanto *dedititii*, sebbene da principio vi fosse controversia intorno a ciò (11), il che però non ebbe più importanza, giacchè Giustiniano abolì la classe dei *dedititii* (12); 4) Gli schiavi (13) e per conseguente anche quei che si trovavano prigioni in potere del nemico (14). Nondimeno nel dritto antico s'incontra l'eccezione che i *servi publici* potessero per disposizione di ultima volontà disporre della metà del loro peculio (15); mentre dall'altro lato eravi l'importante estensione che anche i *servi poenae*, cioè quei che per sentenza passata in giudicato erano stati condannati a morte, a combattere con le fiere, ed ai lavori nelle mine non potessero testare (16), ma questo per l'abolizione della *servitus poenae* fu tralasciato da Giustiniano (17).

2.° Tutti coloro, i quali son privi delle qualità fisiche necessarie a

(6) Caj. I. 25.

(7) L. 11. D. *eod.* L. 31. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(8) Ulp. XX. 14.

(9) L. 8. § 1. 2. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 6. § 7. D. *de injusto* (28. 3.) L. 1. § 2-5. D. *de legat.* III (32.) L. 5. § 3. D. *de extraord. cogn.* (50. 13.) L. 2. C. *de bon. proscript.* (4. 49.)

(10 L. 8. § 3. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 7. § 3. D. *de interd. et releg* (48. 22.) Paul. S. R. III. 4. A. § 9.

(11) Caj. I. 25. III. 75.; Ulp. XX. 14. XXII. 2. Confr. la mia St. § 8. Nota 5.

(12) L. un. C. *de dedit. lib. toll.* (7. 5.) Confr. la mia St. § 131. Nota 2.

(13) § 4. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 16. L. 19. pr. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) Cic. top. c. 4. Se in questi passi vien riconosciuta anche la *testamenti factio* degli schiavi, ciò vuol dir soltanto che essi possono essere istituiti eredi. Veggasi il § 318. Nota 7. seg.

(14) § 5. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.) L. 8. pr. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 10. D. *de test. mil.* (29. 1.); Paul. S. R. III. 4. A. § 8. L. 12. § 5. D. *de captivis* (49. 15.)

(15) Ulp. XX. 16. nulla di ciò trovasi nel dritto di Giustiniano.

(16) L. 8. § 4. L. 9. L. 13. § 2. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 6. § 6. 8. D. *de injusto* (28. 3.)

(17) Nov. 22. c. 8.; *Wachter* nell' Arch. per la prat. civ. vol. XVII. n. 14.

testare, segnatamente: 1) i pazzi, eccetto nei lucidi intervalli (18), 2) I prodighi che a costoro sono assomigliati (19), 3) Quelli, il cui libero uso di ragione al tempo che voglion testare o per morbo, o per altre cagioni è venuto meno (20), e 4) I sordi muti dalla nascita (21). Da prima in generale tutt'i sordi e muti, quando non fosser divenuti tali essendo soldati, avean mestieri di un privilegio speciale per testare (22); ma Giustiniano restrinse ciò ai sordi muti fin dalla nascita (23); e le altre infermità o difetti qui non sono di nocumento (24); salvo che non fosse sopravvenuto un tal malore o debolezza, che il testatore non fosse in istato di farsi comprendere per via di parole o di segni (25).

3.° Gl'impuberi (26), con una sola eccezione di poco momento ed anche abolita da Giustiniano (27), mentre al contrario i minori non hanno neppur mestieri del consenso del curatore (28).

4.° Coloro che stanno sotto la potestà di un altro (29), pei quali solo il possesso di un peculio castrense o quasi castrense produce una eccezione (30), ma non già anche il possesso di un così detto peculio avventizio, quando anche fosse straordinario (31).

5.° Coloro, ai quali per ragioni speciali siasi positivamente tolta la

(18) § 1. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.); Ulp. XX. 13.; Paul. S. R. III. 4. A. § 5. L. 16. § 1. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 27. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 2. § 3. D. *de jure cod.* (29. 7.) L. 9. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.)

(19) § 2. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.) L. 18. pr. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.); Ulp. l. c.; Paul. l. c. § 7. 12.

(20) L. 2. L. 17. D. *eod.* L. 48. D. *de R. J.* (50. 17.)

(21) § 3. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.) L. 10. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.)

(22) Ulp. l. c.; L. 6. § 1. L. 7. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) Confr. con L. 4. D. *de test. mil.* (29. 1.) § 2. J. *eod.* (2. 11.)

(23) L. 10. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.)

(24) § J. *quib. non permitt. fac. test.* (2. 12.) L. 2. L. 10. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 3. L. 5. C. *eod.* (6. 22.); Paul. III. 4. A. § 2.

(25) L. 29. C. *de testam.* (6. 23.)

(26) L. 5. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 4. C. *eod.* (6. 22.) § 1. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.); Caj. II. 113.; Ulp. XX. 12. 15.; Paul. III. 4. A. § 1.; Cic. top. c. 4.

(27) L. 18. C. *de test. mil.* (6. 21.) V. § 322. Nota 29.

(28) L. 20. § 1. D. *de liber. leg.* (34. 3.)

(29) Pr. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.) L. 6. pr. L. 16. pr. L. 19. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.); Ulp. XX. 10.

(30) Ulp. l. c. § 6. J. *de test. mil.* (2. 11.) pr. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.) L. 18. pr. D. *de stip. serv.* (45. 3.) L. 37. pr. C. *de inoff. test.* (3. 28.) L. 11. L. 12. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.)

(31) L. 11. C. *eod.* L. 8. § 5. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

capacità di testare. Le disposizioni del dritto civile antico che quì si riferiscono sono: 1) che gli intestabili in generale non potevano testare (32), come pure 2) che le donne, finchè fu in voga la tutela perpetua sulle medesime, non potevano testare se non coll'assistenza del loro tutore, e se questi non era un semplice *fiduciarius tutor* nol potevano neppure contro la volontà del medesimo (33), la quale ultima cosa nondimeno fu cambiata da un Senatoconsulto sotto Adriano (34). 3) Per la lex *Junia Norbana* fu anche vietato di testare ai *Latini Juniani* (35), il che si mantenne in fino a che Giustiniano abolì la classe dei *Latini Juniani* (36). 4) Al tempo del Cristianesimo furono inoltre esclusi dal testare gli apostati (37), e 5) del pari gli eretici, da prima veramente soltanto i Manichei (38), ma più tardi anche gli altri, almeno in quanto che non potevano disporre che a favore soltanto degli ortodossi (39). 6) Arcadio ed Onorio tolsero a coloro che avesser contratto un matrimonio incestuoso il dritto di poter disporre per testamento a favore di altri che dei proprii eredi legittimi (40), e Giustiniano infine 7) tolse anche interamente il dritto di testare ai monaci ed alle monache (41). Una notevole limitazione se non introdotta, almeno espressamente riconosciuta da Antonino Pio, è che colui il quale ha veramente uno stato che lo rende capace di testare, ma nondimeno nol conosce con precisione, equivale ad un incapace (42), il che però come un principio singolare di dritto non è da estendersi agli altri casi d'incertezza

(32) L. 18. § 2. L. 26. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.); Theoph. II. 10. § 6.; Schol. ad Horat. serm. II. 3. v. 181.

(33) Liv. XXXIX. 9.; Caj. I. 115. 192. II. 112. 118. 122. III. 43. 44.; Ulp. XX. 15. XXIX. 3.; *Boethius* ad top. Cic. lib. II. ad c. 4. Siccome le Vestali fin dall'antichità furono libere dalla *tutela mulierum* (§ 133. Nota 6.), così questa limitazione non ebbe luogo per esse Gell. I. 12.; Plutarch. in Numa c. 11.

(34) Caj. I. 115. Confr. § 135. Nota 18.

(35) Caj. I. 23. III. 75.; Ulp. XX. 14.

(36) L. un. pr. § 12. C. *de lat. lib. toll.* (7. 6.)

(37) L. 1-4. C. *de apost.* (1. 7.) L. 1. 3. 4. 6. 7. C. Th. *eod.* (16. 7.)

(38) L. 4. § 2. 5. C. *de haeret.* (1. 5.) L. 7. L. 9. C. Th. *eod.* (16. 5.)

(39) L. 17. 18. 19. 22. C. *eod.* Nov. 115. c. 3. § 14. c. 4. § 2.

(40) L. 6. C. *de incest. nupt.* (5. 5.). Ciò non fu tralasciato dal perchè Giustiniano impose la confisca del patrimonio ai matrimonii incestuosi Nov. 12. c. 1. 2., giacchè la confisca non esclude l'acquisto di un nuovo patrimonio.

(41) Nov. 5. c. 5. Nov. 76. c. 1. Nov. 123. c. 38. Da principio ciò era diversamente; L. 13. C. *de sacros. eccles.* (1. 2.)

(42) Ulp. XX. 11.; L. 14. L. 15. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 6. § 8. D. *de injusto* (28. 3.) L. 11. § 1. 2. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 9. D. *de jure cod.* (29. 7.)

sulla capacità di testare (43). Del rimanente se per un privilegio speciale sia ad un incapace conceduto di testare, ciò non lo dispensa dagli altri requisiti e dalle altre restrizioni delle disposizioni di ultima volontà e segnatamente dalla necessità di aver considerazione per gli eredi legittimarii (44).

V. Capacità di essere onorato o di ricevere.

§. 318. In quello stesso modo che non tutti possono testare, neppur tutti possono essere onorati, e non giova neppure che alcuno istituisca un inabile solo condizionatamente pel caso di una futura capacità (1), giacchè la capacità si dee trovare al tempo che si fa la disposizione di ultima volontà (2). In questa materia per le istituzioni di erede, pei legati, e per le nomine di tutori generalmente valsero sempre principii eguali (3), mentre per rispetto ai fedecommessi non ebbe luogo alcuna restrizione (4), finchè un Senatoconsulto sotto Adriano, probabilmente il *Sctum Apronianum* sottopose in parte anche questi alle regole medesime (5). Certamente la capacità di ottener fedecommessi era data tuttavia ad alcuni, che non avrebber potuto altramente essere onorati (6); ma in processo di tempo cessarono parimenti queste eccezioni, e dopo che i legati e i fedecommessi furono da Giustiniano agguagliati non si può più ragionare di alcuna differenza sotto questo rapporto. In apparenza è molto strano che gli schiavi possano essere onorati, tanto che vien loro anche attribuita per questo riguardo la *testamenti factio* (7). Imperocchè solo la istituzione di uno schiavo punito per cagione di adulterio fatta dalla donna, colla quale egli ebbe commercio, fu vietata da Settimio Severo (8), e l'istituzione di uno schiavo non maggiore di trent'anni, da un Senatoconsulto ignoto (9). Ma allorchè uno schia-

(43) P. es. quando il testatore non sapeva di certo se egli fosse di già pubere, ma sia provato che egli era effettivamente tale.

(44) L. 35. pr. C. *de inoff. test.* (6. 28.)

(1) Non si oppongono L. 62. pr. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 51. D. *de legat.* I. (30.) le quali parlano soltanto di *personae incapaces*.

(2) L. 49. § 1. D *de her. inst.* (28. 5.) L. 210. D. *de R. J.* (50. 17.)

(3) Caj. II. 238-243. 272. 274-276. 285. 286.; § 24. J. *de legat.* (2. 20.); Ulp. XI. 16. L. 21. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 7. C. *qui dare tut.* (5. 34.)

(4) Caj. II. 272. 274-276. 285. 286.

(5) Caj. II. 287.; Ulp. XXV. 6. 13. V. sopra § 312.

(6) Ulp. XXV. 7.

(7) L. 16. pr. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.). Nondimeno ciò non si applicava ai *servi poenae*. V. § 317. Nota 16.

(8) Pr. J. *de her. inst.* (2. 14.) L. 48. § 2. D. *eod.* (28. 5.)

(9) Caj. II. 276.

vo altrui è istituito erede, ovvero al medesimo vien lasciato un legato, ciò vale come una disposizione mediata a favore del suo padrone (10), il perchè si dee tener ragione della capacità di quest'ultimo (11), e, se alcuno istituisce erede il suo proprio schiavo, in ciò si contiene nel tempo stesso una manomissione testamentaria (12), la qual cosa per verità da prima non era senza controversia, allorchè il testatore non avéa nel tempo stesso dichiarata espressamente la liberazione, ma nondimeno da Giustiniano fu riconosciuta (13). Intanto gli schiavi propri del testatore non possono altramente ottener legati che sotto condizione, pel caso cioè della liberazione, o del passaggio ad un altro padrone per mezzo di una successione singolare (14), e del pari non può uno schiavo esser nominato tutore che sotto la condizione della futura libertà (15). Anticamente senza dubbio non si potea validamente onorare una persona giuridica (16), se pure per avventura lo Stato medesimo non abbia per tal rapporto formata una eccezione (17), ma di ciò non si ha alcuna pruova diretta. Imperocchè i legati, che *Acca Larentia* la pretesa nutrice di Romolo, dicesi aver fatti al popolo Romano (18), non meritano certamente alcuna considerazione. Non per tanto fin dal tempo della Repubblica s'incontrano tanti esempii di disposizioni fatte a favore del popolo Romano, che non si può mettere in dubbio l'opinione della loro validità. Non solamente i Re stranieri istituivano erede del loro Regno e dei loro tesori il popolo Romano (19), ma anche i citta-

(10) Ulp. XXII. 7-13.; § 2. 3. J. *de her. inst.* (2.14.) L. 3. pr. L. 7. L. 31. L. 32. § 1. L. 38. § 5. L. 39. L. 64. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(11) Ulp. XXII. 9. L. 31. pr. L. 52. D. *eod.* L. 10. C. *eod.* (6. 24.) L. 82. § 2. D. *de legat.* II. (31.) L. 5. D. *de servitute leg.* (33. 3.)

(12) Caj. II. 153-155.; Ulp. XXII. 7. 8. 11. 12. L. 3. § 1. L. 6. § 3. 4. L. 9. § 14-20. L. 21. L. 22. L. 30. L. 31. § 1. L. 42. L. 50. pr. L. 84. L. 90. D. *eod.*

(13) L. 5. C. *de nec. servo her. inst.* (6. 27.) § 2. J. *qui et quib. ex caus.* (1. 6.) pr. § 1. 2. J. *de her. inst.* (2. 14.) § 1. J. *de her. qual.* (2. 19.)

(14) L. 89. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 3. § 2. D. *de his quae pro non script. hab.* (34. 8.) L. 13. D. *de optione leg.* (33. 5.)

(15) L. 10. § 4. L. 22. L. 32. § 2. D. *de testam. tut.* (26. 2.)

(16) *Dirksen* tratt. civ. vol. II. p. 128. seg.

(17) Il popolo Romano fin dall' antichità potè in certo modo divenire erede ab intestato, imperocchè ad esso ricadeva la successione delle donzelle Vestali Gell. I. 12.

(18) Plutarch. in Romulo c. 5.

(19) Così Attalo di Pergamo Epit. Livii LVIII.; Plin. H. N. XXXIII. 11.; Plutarch. in Tiber. Graccho c. 14.; Tolomeo di Cirene Epit. Livii LXX.; Nicomede di Bitinia Epit. Livii XCIII., Cic. de lege agrar. II. 15., ed Alessandro di Egitto Cic. l. c. II. 16. Anche degli altri esempii ci da il Grozio *de jure belli et pacis* I. 3. § 12.

dini Romani onoravano il medesimo almeno con legati (20). Quest' ultimo avvenne anche sotto i primi Imperadori, tanto per parte di questi medesimi (21), quanto per parte di altri (22). Più tardi quando alcuno non voleva precisamente gratificar la Città di Roma, ma sibbene lo Stato, si prese l'usanza di istituire il Fisco, la cui capacità di succedere erasi da principio stabilita dalla *Lex Papia Poppaea*, attribuendo ad esso i beni senza eredi , come anche i *Caduca* ed *Ereptitia* (23) , e di siffatte istituzioni di frequente si fa menzione (24). Inoltre troviamo essere ammesso che si potesse istituir erede l'Imperadore come tale, nel qual caso, secondo una costituzione di Antonino Pio, l'istituzione torna a benefizio di colui, che trovasi regnare alla morte del testatore (25). Come poi sotto gli Imperadori fosser divenute valide anche le disposizioni a favore delle Città e di altre Corporazioni si è già veduto di sopra (26). Se nel tempo della Repubblica fosse già ammesso di istituire eredi i Tempi rimane indeciso. Ma nel tempo degli Imperadori era permesso (27); nondimeno si stette fermo al principio che solo quei Tempi potessero essere onorati , ai quali per un privilegio speciale fosse conceduta la capacità di succedere (28). Per contrario Costantino concedè interamente e generalmente alle Chiese cristiane siffatta capacità (29), al che Giustiniano aggiunse per compimento che l'istituzione della Divinità dovesse ritenersi come istituzione della Chiesa del testatore (30). Il medesimo Giustiniano finalmente concedè per espressa disposizione di legge un'illimitata capacità di succedere anche agli Stabi-

(20) Così segnatamente Pisone Frugi Plin. H. N. XXXIII. 2.; e Giulio Cesare Sueton. in Caesare c. 83.; Plutarch. in Caesare c. 68. ; Taciti annal. II. 41. ; Dio Cass. XLIV. 35.

(21) Segnatamente di Augusto Sueton. in Octav. c. 101.; Tacit. Ann. I. 8. Dio Cass. LVI. 32.; di Tiberio, Sueton. in Tiber. c. 76. Dio Cass. LIX. 1., e di Antonino Pio, Capitolin. in Ant. Pio c. 7. 12.

(22) Dio Cass. XLVIII. 32. LIV. 29.

(23) V. § 348.

(24) L. 3. in fine D. *de alim. leg.* (34. 1.)

(25) L. 56. D. *de legat.* II. 31. L. 31. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 6. C. *eod* (6. 23.)

(26) V. § 316.

(27) L. 20. § 1. D. *de annuis leg.* (33. 1.)

(28) Ulp. XXII. 6. Secondo Dio Cass. LV., pare quasi che per questo privilegio adoperavasi la forma di concedere ai Tempi il *jus trium liberorum*, con la qual cosa ad ogni modo si connetteva l'idea della capacità di succedere.

(29) Eusebii Hist. eccles. X. 5. Confr. L. 1. C. de sacros. eccles. (1. 2.)

(30) L. 26. C. *eod.*

limenti pii (31), il che però non si vuol estender eziandio agli altri istituti di pubblica utilità, e tanto meno agli Stabilimenti non ancora fondati (32). Una importante restrizione della capacità di essere onorato fu introdotta per la *lex Voconia* l'an. di R. 585. (33), giacchè questa stabilì il principio che nessun cittadino Romano il quale possedesse nel patrimonio 100,000 assi, e per conseguenza appartenesse alla prima classe (34), potesse istituire erede una donna, o lasciarle un legato (35). Questo divieto valeva eziandio per le testatrici (36), ad eccezione delle Vestali (37), ma in parte veniva eluso col mezzo di non farsi censire (38), ed in parte col mezzo di istituire per erede un uomo, imponendogli di restituire l'eredità ad una donna come fedecommesso universale (39), la qual cosa rimase anche permessa dopo che i fedecommessi sotto Augusto furon divenuti obbligatorii (40). E' agevole ad intendere che alcuno potea esser dispensato da questa legge (41), e per rispetto ai legati la *lex Voconia* avea ammessa l'eccezione che chi avesse una sola figliuola senz'altri figli, potesse legare alla medesima una certa porzione del suo patrimonio, probabilmente un quarto (42). In

(31) L. 22. C. *eod.* L. 49, § 6-7. C. *de episc. et cler.* (1. 3.)

(32) Di altra opinione è *Elver* della capacità di essere istituito erede, e specialmente delle persone giuridiche Gott. 1827. 8. V. al contrario *Muhlenbruch* decisione del caso di successione di Städel Halle 1828. 8.

(33) La mia St. § 54. n. V. *Kind* de lege Voconia. Lipsia 1820. 4.; *Savigny* sulla *lex Voconia* Berlino 1820. 4., e nella Diss. dell'Acad. Berl. dell'anno 1820.

(34) Caj. II. 274.; Ascon. ad Verrin. II. 1. c. 41. Dio Cass. LVI 10.

(35) Cic. in Verr. II. 1. c. 41-43.; Ascon. l. c.; Caj. l. c.; Augustinus de civ. Dei III. 21.

(36) Cic. in Verr. II. 1. c. 42.

(37) Dio Cass. l. c.

(38) Cic. in Verr. II. 1. c. 41. 42.

(39) Cic. de fin. bon. II. 17. 18.

(40) Caj. l. c.

(41) Dio Cass. LVI. 10. 32. Verisimilmente eravi la ragione di una tale dispensa quando il Senatore Q. Ortensio istituì erede sua moglie insieme col figliuolo, Plutarch. in Catone c. 52. Valer. Max. V. 9. § 2., e quando il famoso Agricola istituì ad eredi la moglie e la figliuola insieme coll'Imperadore Domiziano. Tacit in Agric. c. 43.

(42) Cic. de republ. III. c 10. de fin. bon. II. 17.; Augustinus l. c. Pare che di questo caso s'intenda parlare nel pr. J. de codic. (2. 25.) allorchè quivi a dichiarazione della storia dei fedecommessi dicesi, che la figliuola di Lentulo avesse adem piuto legati, che non era tenuta di adempiere. Senza dubbio a lei come a legataria erano stati imposti dei legati, i quali per tal ragione non potevano valere che come fedecommessi, e quindi prima di Augusto non erano obbligatorii. Del rimanente *Kind* l.c. § 26. seg. riferisce qui anche l'altra nota disposizione della *lex Voconia*, che niun legatario potesse ricevere più che l'erede (§ 311. Nota 33.)

quanto all'istituzione delle donne per parte di coloro, che non appartenevano alla prima classe, pare che la *lex Voconia* non contenesse nulla, se per avventura non si voglia qui riferire una notizia interamente isolata, e che per altro qui non ben si adatta, cioè che la *lex Voconia* avesse permesso d'istituire le donne solo nella metà del patrimonio (43). Al tempo di Cajo questa legge era tuttavia in vigore (44), ma di poi a non molto fu interamente esclusa dall'applicazione (45), il che probabilmente sta in connessione col cessare del censo lustrale pei cittadini Romani, e per conseguenza col cessare della divisione per classi (46). Valentiniano II. introdusse in vece un'altra restrizione, che sta in rapporto col sesso feminile, che cioè gli ecclesiastici, i quali sotto specie di religione aveano avuto pratiche con una donna, non potessero in alcuna guisa aver da esse donazioni o disposizioni di ultima volontà (47), la qual disposizione nondimeno fu già abolita da Marziano (48). Ora per ciò che riguarda i casi d'incapacità di essere onorato, che si trovano tuttora nel dritto di Giustiniano, come agevolmente si può intendere di per sè:

1.° Tutti coloro che hanno una inabilità assoluta di succedere in generale non possono essere istituiti da alcuno (49), e quei che sono esclusi dal succedere a certe persone, almeno da queste non possono essere onorati (50).

2.° A questi si aggiungono anche i seguenti casi: 1) Fin dall'antichità gli intestabili erano al tutto esclusi dalle disposizioni testamenta-

(43) Quintil. declam. 26. 4. Confr. *Kind* l. c. § 39.

(44) Caj. l. c. Confr. anche *Plin.* Panegyr. c. 42.

(45) Ulpiano, Paolo e gli altri posteriori Giureconsulti classici infinite volte fan menzione nelle Pandette di istituzioni di erede in persona di donne, ma giammai di una restrizione per cagione della *lex Voconia*, come incontrasi per rispetto al dritto della successione intestata delle donne, perchè in questa al tempo loro sussisteva ancora la limitazione introdotta dalla *lex Voconia*.

(46) La mia St. § 83. Delle altre e ben diverse opinioni intorno all'abrogazione della lex Voconia si professano dal *Kind* e dal *Savigny*, ai quali però io non so uniformarmi. A me pare tanto impossibile dedurre col Savigny l'abrogazione della *lex Voconia* dalla incapacità dei *coelibes* ed *orbi* in seguito della *lex Julia et Papia*, quanto farla derivare col *Kind* dal trasferimento della elezione dei Magistrati dal popolo nel Senato sotto Tiberio. La *lex Voconia* non toccava nè l'uno, nè l'altro, e se questo fosse il caso, non avrebbe dovuto cominciare ad aver vigore che 100 anni dopo.

(47) L. 20. C. Th. *de Episc.* (16. 2.)

(48) Nov. Martiani lib. III tit. 5. (De testamentis clericorum).

(49) V. § 309. Nota 2-6.

(50) V. § 309. Nota 7. 8. 11. 12.

rie (51), e ciò non fu mutato nel dritto nuovo (52). 2) La permissione data sotto gl' Imperadori di disporre a favore di corporazioni si dee riferire soltanto alle corporazioni riconosciute (53). Le associazioni non riconosciute o non permesse non possono essere onorate in quanto alcuno voglia disporre in favore di esse come tali e non semplicemente dei singoli membri (54), dal che si potrebbe far manifesta la ragione perchè in un Rescritto di Caracalla si fosse rigettato un legato fatto alla Comunità de'Giudei in Antiochia (55), senza che da ciò si possa dedurre alcuna generale inammissibilità di istituire le Comunità de' Giudei, anche quando queste sono riconosciute dallo Stato (56). 3) In seguito di un Senatoconsulto sotto Pertinace l'*institutio Principis litis causa* è invalida, allorchè un testatore abbia istituito l'Imperadore a solo fine di contrapporre l'imperadore al suo avversario in una lite che egli ha intrapresa (57). 4) I testimoni intervenuti in un testamento, come pure coloro che sono ad essi congiunti per mezzo della *potestas* possono certamente ottenere un legato, ma non già essere istituiti eredi, anzi la loro istituzione li rende incapaci come testimoni, e per tal modo rende nullo tutto il testamento (58). 5) Siccome, secondo una disposizione di Leone ed Antemio, le persone rimaste vedove che abbiano figli del primo matrimonio, se passano a seconde nozze non possono dare al secondo conjuge più di quello che ottiene ciascun figliuolo del primo matrimonio (59), così in ciò, sebbene non si contenga un' esclusione, pure si contiene una limitazione di disporre a favore del secondo conjuge. 6) Da ultimo alcuno non può onorare illimitatamente la sua concubina, ed i figliuoli nati dalla concubina. Valente, Valentiniano II., e Graziano furono i primi a vietare che si legasse ai medesimi, più di 1/12 del patrimonio, quando vi fossero figliuoli legittimi (60), la

(51) Schol. ad Horat. Serm. II. 3. v. 181.; Theoph. II. 10. § 6.

(52) In ispezialtà gli apostati manifestamente sono trattati come intestabili, e perciò esclusi dal disporre per testamento L. 3. C. *de apostatis* (1. 7.)

(53) V. § 316.

(54) L. 21. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 8. C. *de her. inst.* (6. 24.)

(55) L. 1. C. *de judaeis* (1. 9.)

(56) *Schweppe* Dritto privato § 788. Nota 2. (3. ed.)

(57) Capitolino in Pertinace c. 7. § 7. 8. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) L. 91. D. *de her. inst.* (28. 5.) Paul. S. R. V. 12. § 8.

(58) § 8-11. J. *de test. ord.* (2. 10.) L. 20. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 16. § 1. L. 22. C. *de testam.* (6. 23.)

(59) L. 6. C. *de secund. nupt.* (5. 9.) Nov. 22. c. 27. 28.

(60) Nov. 89. c, 12. pr. Nella L. 6. C. *de inst. et subst.* (6. 25.) Valeriano e Gallieno manifestano che essi aveano già prescritta una misura per quello che si poteva lasciare ai figliuoli delle concubine, ma questo medesimo non ci è noto.

qual proibizione fu ripetuta da Onorio ed Arcadio (61). Nel caso che non vi fossero figliuoli legittimi, ciò non si applicava, ed allora non eravi luogo ad alcuna limitazione nel disporre (62), finchè Giustiniano stabilì che anche in questo caso non potesse lasciarsi alla concubina ed ai suoi figliuoli più di 3/12, che poi estese a 6/12 (63). Ma da ultimo Giustiniano dispose nuovamente che la concubina ed i figliuoli nati dal concubinato, se vi sieno figliuoli legittimi non possano certamente ottenere più di 1/12, e se vi sieno ascendenti del testatore possano ottenere tanto solo, che resti salva la legittima di costoro, ma in altro caso possano egualmente che gli altri essere istituiti senza restrizione (64). Con la inabilità di ricevere, di cui ora abbiam discorso, e che ha per effetto la nullità della disposizione non si vuol confondere: 1) l'indegnità, allorchè un erede chiamato, un legatario o fedecommessario è dalla legge dichiarato indegno di succedere, nel qual caso certamente non è invalida la sua chiamata alla successione, ma soltanto nel suo luogo subentra un altro, che per lo più è il Fisco (65); 2) l'incapacità che si verifica allorchè un onorato per ragioni diverse dall'indegnità si ritiene come inabile ad acquistare le cose lasciategli, in quanto nell'intervallo non sieno mutati nella sua persona certi dati rapporti, nel qual caso parimenti la disposizione sussiste, ma torna a vantaggio di un altro (66). Del rimanente i soldati sono esenti quasi del tutto dall'aver riguardo alla idoneità, all'indegnità, ed alla incapacità di succedere delle persone, a cui favore han disposto, sebbene non manchino alcune eccezioni (67).

IV. FORMA:

1) *Dei testamenti.*

A. Introduzione Storica.

§ 319. Prima delle dodici Tavole non eravi per legge che la sola successione intestata, per la qual ragione chi volea fare un testamento,

(61) L. 2. C. *de natur. lib.* (5. 27.)
(62) L. 3-6. C. *eod.*
(63) L. 8. C. *eod.*
(64) Nov. 89. c. 12. § 1-3.
(65) V. § 391.
(66) V. § 390.
(67) Caj. II. 109-11. L. 13. § 2. L. 29. § 1. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 7. § 1. D. *de legat.* III. (32.)

dovea sottoporlo all'assemblea del popolo per approvarlo in forza del suo potere legislativo, ed il testamento così formato, il quale poggiavasi sopra un *privilegium*, che dispensava dall' ordine legale di successione (1), chiamavasi *testamentum in comitiis calatis*, perchè la conferma dei testamenti solea farsi nelle due assemblee per Curie, che annualmente si teneano pel disbrigo di affari privati, e che chiamavansi in preferenza *comitia calata* (2). Per coloro che si trovavano in campo fu ammesso il favore, che l'esercito schierato in battaglia tenesse il luogo dei Comizii, e potesse confermare i testamenti dei soldati, che da ciò si chiamarono *testamenta in procinctu* (3). Intanto si evitò la necessità di un siffatto privilegio col trasferire tra vivi il proprio patrimonio per via della mancipazione a coloro, che alcuno desiderava avere ad eredi, riserbandosene solo il possesso ed il godimento fino alla morte, e ciò dovè dare occasione che la mancipazione fosse applicata come forma eziandio nelle disposizioni di ultima volontà (4). Questo potè avvenire anche prima delle dodici Tavole, giacchè talvolta il popolo dava anche anticipatamente il privilegio di far testamento (5), nel qual caso naturalmente il testamento non avea mestieri di un nuovo Decreto comiziale, ma nondimeno non potea farsi a meno dell' uso di una forma che lo accertasse. Checchè ne sia però, ciò ad ogni modo avvenne quando le dodici Tavole per-

(1) *Trekell* l. c. p. 15. seg.; *Heineccius* de orig. testamenti factionis in Oper. T. II. p. 495. seg. Quando *Dernburg*. l. c. p. 15. seg. dalla espressione *testamentum* deduce che il popolo avesse funzionato soltanto da testimone, e trova incredibile che il popolo Romano si avesse voluto prender la briga di dar fuori una legge per ogni singolo patrimonio, egli non pon mente che, secondo il più antico uso del linguaggio, l'ordinamento di una disposizione di ultima volontà non veniva indicato con la voce *testari* ma sibbene colla parola *legare* (Nota 6.), e che sarebbe anche molto più inconcepibile che i comizii avesser tenuto come cosa degna della loro convocazione il semplice intervenire da testimoni.

(2) Caj. II. 101. Ulp. XX.2.; § 1. J. *de test. ord.* (2. 10.) Theoph. ad h. l. L'ipotesi di *Gans* Dritto di successione vol. II. p. 46. seg., che gli antichi Romani egualmente che gli Ateniesi avessero riguardato l' istituzione di erede come un' arrogazione dell'erede, che per questo i testamenti, come tutte le arrogazioni avessero dovuto effettuarsi nei comizii calati, e che l' *adoptio per testamentum* non fosse stata che un residuo posteriormente non più compreso della antica primitiva idea, è un puro *lusus ingenii*.

(3) Caj. l.c.; Ulp. l.c.; Cic. *de natur. Deor.* II.3. de Orat. I. 53.; Vellej. Pater. II. 5.; Plutarch. in Coriol. c. 9.; *Gell.* XV. 27.; Festo p. *Endoprocinctu*, *Procincta*. L'opinione di *Trekell*. l. c., che il *testamentum in procinctu* avesse avuto vigore soltanto allorchè il soldato moriva in battaglia, è sfornita di pruove; V. *Schrader* nel mag. civ. di *Hugo* vol. V. p. 154. seg.

(4) Caj. II. 102.

(5) *Gell.* VI. 7.

misero a ciascuno di poter disporre a causa di morte del suo patrimonio senza l'approvazione del potere legislativo (6); imperocchè dopo quel tempo caddero in disuso le antiche forme del testamento, che oramai non erano più necessarie (7), e senza dubbio non prima di quel tempo divennero tecniche le espressioni *testari* e *testamentum* (8). Verisimilmente le dodici Tavole aveano espressamente sanzionato l'applicazione della mancipazione ai testamenti; per lo meno è certo che una legge antica conteneva delle prescrizioni sul procedimento da osservarsi a questo riguardo (9). Ma l'uso era che il testatore alla presenza de'testimoni della mancipazione, del libripende, e dell'antestato facea la *nuncupatio testamenti*, cioè dichiarava la sua volontà verso un così detto *familiae emptor*, che da prima era lo stesso erede, ma più tardi era ordinariamente un altro (10); a ciò il *familiae emptor* dichiarava la sua accettazione, e secondo la consueta forma pesava al testatore il prezzo simbolico della compra (11). Allorchè però si facea il testamento per iscritto bastava che il testatore presentasse il testamento, e nella *nuncupatio testamenti* si riportasse al suo contenuto, che non era obbligato di manifestare (12). Ma qui i testimoni doveano suggellare il testamento, *signare*, la qual cosa si fondava in una legge, probabilmente nelle dodici Tavole (13), e nel tempo degli Imperadori vi si aggiunse anche

(6) « Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto », queste pare essere state le genuine parole delle dodici Tavole Ulp. XI. 14. pr. J. *de lege Falc.* (2. 22.) L. 120. D. *de V. S.* (50. 16.) Nov. 22. c. 2. La relazione presso Cic. de invent. II. 50. ad Herenn. I. 13. « Pater familias uti super familia pecuniaque sua legaverit, ita jus esto » può non essere esatta, imperocchè secondo questa le donne non avrebbero potuto testare, e nondimeno il potevano; V. *Erb* nel Mag. civ. di *Hugo* vol. II. n. 15.

(7) Caj. II. 103.

(8) Le espressioni *testamentum in comitiis calatis* ed *in procinctu* poterono bene formarsi più tardi, e la ragione della parola *testari* si conteneva solo nella forma di mancipazione, ma non già anche nella più antica forma, imperocchè quivi non intervenivano testimoni. E non si può neppure dimostrare che nelle dodici Tavole siasi già parlato di *testari* e *testamentum*, e la stessa espressione *intestatus*, che Cicerone l. c. attribuisce alle dodici Tavole è problematica in questa applicazione, imperocchè Cicerone qui riferisce inesattamente. Nondimeno non è necessario di rigettare come espressioni delle XII. Tavole le parole *testamentum* ed *intestatus*, giacchè anche prima talvolta già s'incontravano i testamenti per mancipazione, e quindi non pare impossibile una più antica origine di quell'espressione.

(9) Cic. in Verr. II. 1. c. 45. V. Nota 13.

(10) Caj. II. 103. *Wernsdorf* de famil. emptore ipso herede in test. per aes et libram condito, Viteb. 1780. 8.

(11) Caj. II. 104-108.; Ulp. XX. 2-9.; Nov. Theodosii II. lib. I. tit. 16.

(12) Ulp. XX. 9.

(13) Nel § 2. 3. J. *de test. ord.* (2. 10.) dicesi veramente che l'Editto pretorio fu il

come cosa essenziale (14) la sottoscrizione dei testimoni, *subsignare* s. *subscribere* (15), e ciò si pretende essere avvenuto per effetto di costituzioni (16), ma nondimeno non vi è dubbio che fu introdotto da un Senatoconsulto sotto Nerone, il quale prescrisse intorno a ciò delle regole come i testimoni avessero ad apporre le loro firme ai testamenti e ad altri titoli (17). Accanto alla forma del testamento quì descritta, e che si chiamava *testamentum per aes et libram* s. *cum quinque testibus*, un'altra forma più semplice detta *testamentum cum septem testibus* fu dall'Editto del Pretore non tanto introdotta, quanto occasionata, giacchè il Pretore stabilì il principio che chi presentasse un testamento fornito del numero legale di suggelli dovesse ottenere la *bonorum possessio secundum Tabulas* (18). Or se quì sono indicati, come il numero necessario, sette suggelli (19), si dee senza dubbio dedurre, chè anche il libripende, e l'antestato, doveano secondo le dodici Tavole suggellare il testamento (20). Ma il senso di quell'Editto non era certamente altro se non questo, chè il Pretore per la concessione della *bonorum possessio secundum Tabulas* avrebbe riguardato come sufficiente la produzione di un testamento che esteriormente apparisse come legale, senza richiedere in prima la dimostrazione che il rito della mancipazione si fosse convenevolmente adempiuto, ed in generale che tutti i requisiti necessarii alla validità di un testamento si fossero osservati; nondimeno da ciò fu dedotto di poi che un testamento si potesse validamente fare anche senza la mancipazione, allorchè il testatore lo avesse fatto suggellare da sette testimoni, ed anche sottoscrivere, secondo

primo ad introdurre la suggellazione dei testamenti, ma nell' Editto, al quale ciò si riferisce, e che Cic. in Verr. II. 1. c. 45. ci ha conservato leggesi « Tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, *quam e lege* oportet » e quindi l' Editto presupponeva la suggellazione come qualche cosa necessaria per legge.

(14) L. 39. D. *de V. S.* (50. 16.); Festo p. *Resignare.*

(15) L. 22. L. 30. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.)

(16) § 3. J. *de test. ord.* (2. 10.

(17) Sueton. in Nerone c. 17.; Paul. S. R. V. 25. § 6.

(18) Cic. in Verr. II. 1. c. 45. « si de hereditate ambigetur et Tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo ».

(19) Caj. II. 119. 147.; Ulp. XXVIII. 6.; L. 3. D. *si tab. test.* (38. 6.) § 2. 3. J. *de test. ord.* (2. 10.); Isidori Orig. V. 24. § 6.

(20) Per verità si potrebbe intendere anche dei suggelli del testatore e del *familiae emptor*, ma che si trattasse del *libripens* e dell'*antestatus*, i quali dovean suggellare insieme coi cinque testimoni proprii della mancipazione, si può argomentare da ciò che per lo meno il *libripens* si riteneva anche come un sesto testimone Caj. II. 107.

che al tempo degli Imperadori fu aggiunto, e per effetto di questa interpetrazione usuale ne risultò lo speciale testamento pretorio (21). Nondimeno questa forma più semplice conformemente alla sua origine non avea luogo che nei testamenti scritti, finchè Gordiano dichiarò sufficienti per ottenere la *bonorum possessio secundum Tabulas* anche i testamenti a voce fatti innanzi a sette testimoni (22). Questa *bonorum possessio* che si dava per effetto del testamento pretorio da principio era però sempre una *b. p. sine re*, allorchè vi erano degli eredi chiamati secondo il dritto civile, tanto se questi fossero eredi testamentarii in forza di un testamento anteriore fatto col rito della mancipazione, quanto se fossero eredi *ab intestato* (23); ma questo pare che più tardi andasse in disuso, probabilmente in seguito di un Rescritto di Antonino Pio, il cui senso per verità andò soggetto a parecchi dubbi (24). Ad ogni modo ciò dovè cessare dopo Teodosio II.; imperocchè questi nell'an: 439 elevò il testamento pretorio ad una generale forma legale, disponendo che nei testamenti non dovesse più essere d'importanza la mancipazione, ma al contrario si dovessero sempre adoperare sette testimoni, al che aggiunse anche degli ordinamenti sul procedimento da seguirsi (25), e Giustiniano vi aggiunse eziandio parecchie altre cose (26). Siccome la disposizione di Teodosio II. non valse immediatamente se non per l'Impero Orientale, così nell'Impero Occidentale rimasero provvisoriamente entrambe le forme di testamento (27), e Valentiniano III. nell'anno 446 vi pubblicò due singolari prescrizioni su i testamenti: 1) che le persone, le quali volessero reciprocamente istituirsi eredi pel caso di sopravvivenza, potessero fare un testamento comune (28), e 2) che nei testamenti scritti di propria mano del testatore, *testamenta holographa* non fossero necessarii i testimoni (29). Ma nell'anno 448. la legge di Teodosio

(21) V. i luoghi citati nella Nota 19.

(22) L. 2. C. *de bon. poss. sec. tab.* (6. 11.)

(23) Caj. II. 119-122. 147. 148.

(24) Caj. II. 120-122.

(25) Nov. Theodosii II. lib. I. tit. 16., della quale la L. 21. C. *de testam.* (6. 23.) è un compendio.

(26) L. 23-30.

(27) La circostanza che il testamento per mancipazione nella Nov. Valentin. III. lib. II. tit. 21. n. 1. e 2. dell'anno 446. vien ritenuto come ancora in voga ha dato occasione al *Savigny* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. I. n. 5. di dubitare dell'abolizione fatta da Teodosio II.; V. al contrario Heidelb. Annali 1815. p. 684. seg.

(28) Nov. Valentin. III. lib. II. tit. 21. n. 1. Secondo questo passo l'Imperadore Leone I. avea di già prescritto ciò pei conjugi, ma di questo non si ha altra notizia.

(29) Nov. Valentin. III. lib. II. tit. 21. n. 2. § 1.

II. fu introdotta anche nell'Impero Occidentale (30), e con ciò caddero eziandio le disposizioni singolari di Valentiniano III. (31). La forma Teodosiana del testamento non era però la sola forma generale, ma altre due forme generali si vennero introducendo, le quali si comprendono sotto la denominazione di *testamentum publicum*, e son per la prima volta menzionate nelle costituzioni di Arcadio ed Onorio, sebbene non sieno state da essi introdotte (32); oltre a ciò eranvi ancora delle forme di testamento eccezionali per alcuni casi speciali (33).

B. Teorica pratica.

§ 320. I principii che sono in vigore nel dritto di Giustiniano per le forme generali del testamento sono i seguenti:

1.° Nel testamento privato, come si suol chiamare quel testamento che si fa senza la cooperazione della pubblica autorità semplicemente innanzi a' testimoni 1) debbono esser presenti sette testimoni idonei (1), e qui son tenuti come non idonei a far da testimoni quelli ai quali manca il *jus testamenti factionis* (2), quelli che per esser dementi, ciechi, sordi, muti, o per altri difetti non sono in istato di conoscere ciò che si fa alla loro presenza, e di farne rapporto (3), gl'impuberi (4), le donne (5), gl'infami (6), gl'intestabili (7), i dichiarati prodighi (8), come pure il testatore medesimo, o l'erede istituito, e le persone che ad essi

(30) Nov. Valentin. III. lib. II. tit. 26.

(31) Giustiniano le tralasciò in tutto; nondimeno nell' Occidente si poterono conservare, imperocchè qui esse passarono in *leges Romanae*, dal che è provenuto che il dritto francese non richiede alcun testimone nei testamenti olografi.

(32) L. 18. L. 19. C. *de testam.* (6. 23.) Confr. Nov. Valentin. III. lib. II. tit. 21. n. 1.

(33) V. § 322. e 323.

(1) § 3. J. *de test. ord.* (2. 10.) L. 21. pr. C. *de testam.* (6. 23.). L'incapacità, in cui posteriormente s'incorre, non nuoce L. 22. § 1. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.)

(2) § 6. J. *eod.* L. 20. § 7. D. *qui test. fac. poss.* (18. 1.). Nondimeno secondo i Rescritti di Adriano e Settimio Severo il testamento dee rimaner valido, quando posteriormente si conosca che un testimone era schiavo § 7. J. *eod.*, e non importa di qual religione sia il testimone C. 21. C. *de haereticis* (1. 5.)

(3) § 6. J. cit. L. 16. L. 17. L. 20. § 4. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.)

(4) § 6. cit. J. cit. L. 19. D. *eod.*

(5) L. 20. § 6. D. *eod.*

(6) L. 20. § 5. D. *eod.*; la mia diss. de infamia Kil 1819. 4. p. 23. seg.

(7) § 6. J. cit. L. 18. § 1. L. 20. § 1. D. *eod.*

(8) L. 18. pr. D. *eod.*

son congiunte per la patria potestà (9), ma non già anche quelli che ricevono nel testamento un legato (10). 2) I testimoni debbono anche essere *specialiter rogati*, cioè prima dell'atto del testare debbono esser richiesti espressamente a far da testimoni, affinchè sappiano che debbono prestare attenzione, del resto non importa se sieno venuti per caso, anzi neppure se sieno stati trattenuti a loro malgrado (11). 3) Di più i testimoni debbono rimanere dal principio sino alla fine (12), e si richiede che possano vedere continuamente il testatore (13). 4) L'atto del testamento si dee fare (14) e compiere (15) in una sola volta, *uno actu*, senza interruzione e frapposizione di atti estranei, ma non è necessario che il testamento sia scritto alla presenza dei testimoni (16). 5) Nel rimanente è da distinguere se si fa un testamento a voce o per iscritto. A. Pel testamento a voce non si richiede altro, se non che il testatore in una lingua che i testimoni intendano, ovvero per via di segni manifesti dichiari la sua volontà (17), ed è perfettamente indifferente se i testimoni per ajutare la loro memoria scrivano le disposizioni del testatore o no (18). B. Al contrario allorchè il testamento si fa per iscritto, il testatore può in vero scriverlo o farlo scrivere alla presenza dei testimoni; ma può anche presentarlo già scritto e suggellato, imperocchè qui non è necessario che i testimoni ne sappiano il contenuto (19), e questa è anche la ragione per cui non importa se i testimoni intendano la lingua del testamento anzi neppure se intendano la lingua del testatore, purchè comprendano solo qualesia il loro scopo, e che cosa voglia il testatore (20). Ma è necessario che il testatore in presenza dei

(9) § 8-10. J. *eod.* L. 20. pr. § 1-3. D. *eod.* L. 22. C. *de testam.* (6. 23.). Non si prende poi in considerazione che più testimoni sieno legati fra loro per la *potestas* L. 22. pr. D. *eod.*

(10) § 11 J. *eod.* L. 16. § 1. L. 22. C. *de testam.* (6. 23.)

(11) L. 21. § 2. L. 20. § 10. D. *eod.* Nov. 90. c. 2.

(12) L. 20. § 8. D. *eod.*

(13) L. 9. C. *de testam.* (6. 23.) L. 3. § 2. C. Theod. eod. (4. 4.) Basilic. XXXV. 2. lex 8.

(14) § 3. J. *eod.* L. 21. § 3. D. *eod.* L. 12. L. 21. pr. L. 28. C. *de test.* (6. 23.)

(15) L. 21. § 3. C. *eod.* L. 25. D. *eod.*

(16) L. 21. pr. § 2. C. *de test.* (6. 23.

(17) § 14. J. *eod.* L. 21. pr. D. *eod.* L. 24. § 4. L. 26. C. *de test.* (6. 23.). Sulla ammissibilità dei segni veggasi il § 315. Nota 9.

(18) Una siffatta annotazione chiamasi *testamentum nuncupativum in scripturam redactum*, ma non è valida.

(19) L. 21. pr. § 2. C. *eod.*

(20) L. 20. § 9. D. *eod.*

testimoni dichiari quello essere il suo testamento; la qual dichiarazione per verità non è mestieri che sia notata nel testamento, allorchè questo sia stato scritto di propria mano del testatore, *testamentum holographum*, e questi abbia notato di averlo scritto di sua propria mano (21), ma nei testamenti che non sono scritti dal testatore medesimo, *testamenta allographa* deve dal testatore in presenza dei testimoni essere scritta sul testamento (22), e però allorchè il testatore non può scrivere, è quì anche necessario di chiamare un cosìdetto *octavus subscriptor* per scrivere sul testamento la dichiarazione in vece del testatore (23). Nel testamento d'un cieco l'*octavus subscriptor*, che in tal caso, se è possibile, dev'essere un Notajo, deve anche precedentemente secondo il disposto di Giustino dar lettura del testamento al testatore in presenza dei testimoni (24). Pei *testamenta allographa* per un certo tempo Giustiniano avea anche prescritto che il testatore dovesse scrivere il nome dell'erede in presenza dei testimoni, ovvero farlo scrivere da uno dei testimoni, se egli medesimo non potesse scrivere (25); ma egli stesso più tardi rivocò questa disposizione (26). Dopo fatta la dichiarazione del testatore, tutt'i testimoni debbono suggellare il testamento e fornirlo delle loro sottoscrizioni (27), e così i suggelli come le sottoscrizioni (*a*) si appongono esternamente sul testamento, ovvero sull'involto, se per avventura il testamento sia contenuto in un involto (28), giacchè i testimoni hanno propriamente a suggellare il testamento (29),

(21) L. 28. § 1. C. *de testam.* (6. 23.)
(22) L. 21. pr. C. *eod.*
(23) L. 21. § 1. C. *eod.*
(24) L. 8. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.)
(25) L. 29. L. 30. C. *de testam.* (6. 23.)
(26) Nov. 119. c. 9.
(27) L. 21. § 3. C. *eod.* L. 22. § 4. L. 30. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.
(28) L. 22. § 7. D. *eod.*
(29) Questo segue già da ciò che il testatore può presentare il testamento suggellato L. 21. pr. C. *de testam.* (6. 23.) e trovasi in tutt'i testamenti Romani conservati, *Savigny* Storia del dritto Romano nel medio Evo vol. II. p. 182. seg.; *Spangeberg* nell'Arch. per la prat. civ. vol. V. n. 5.; il medesimo de modo conficiendi instrumenta apud Rom. prima delle loro juris Rom. tabulae negot. solemn. Lipsia 1822. 8. Evidentemente anche il Senatoconsulto sotto Nerone menzionato nel § 319. Nota 17. richiese la suggellazione

(*a*) Pare che si debba distinguere tra la sottoscrizione propriamente detta e l'indicazione del nome che si ponea presso al suggello di ciascun testimone; la prima dovea esser posta nel corpo medesimo dell'atto, *subscriptio*, la seconda sulla parte esteriore del testamento o dell'involto, *superscriptio*. Per tal ragione quando si presentava un testamento già chiuso o suggellato se ne lasciava una parte non ravvolta o chiusa ma aperta per apporvi le sottoscrizioni. *N. del Tr.*

nel che si desidera che alla loro suggellazione aggiungano una breve dichiarazione per la quale apparisca di chi sia il testamento e chi vi abbia apposto il suggello (30). In caso di necessità o tutti o alcuni dei testimoni possono valersi del medesimo suggello, soltanto è mestieri che ne facciano menzione (31), ancora non è necessario che sia propriamente un suggello, ma basta che sia un istrumento avente un'impronta particolare che non sia nelle mani di ciascuno (32). Se si vogliono fare più esemplari di un testamento, ciascuno debb'esser fatto con tutte le debite solennità, giachè le semplici copie non hanno alcuna forza probatoria (33). Ma il testatore può anche distribuire le sue istituzioni di erede ed altre disposizioni in più testamenti contemporaneamente fatti, i quali allora tutt'insieme valgono per un medesimo testamento (34); è poi al tutto indifferente su quale materia siasi scritto, e in qual tempo siasi fatto il testamento (35).

2.° I testamenti pubblici possono farsi in due guise: 1) la prima è quando alcuno presenta il testamento ad un magistrato, e lo fa trascrivere sul protocollo; ma qui il testatore dee comparir di persona, ed il testamento fino alla sua apertura dee rimanere in deposito presso il magistrato (36). In Costantinopoli i testamenti poteano consegnarsi solo al *Magister census* (37), ma in altri luoghi si potea testare innanzi alla Curia del *municipium* (38). 2) La seconda forma del testamento pubblico si ha quando alcuno consegna il testamento all'Imperadore medesimo con una supplica affinchè lo custodisca, il che del pari pre-

esteriore sul documento. Ma la sottoscrizione secondo l'uso Romano si poneva sotto i suggelli, dal che fu anche chiamata *subsignatio*. Intorno alla quistione che prima si agitava sul luogo dei suggelli e delle sottoscrizioni veggasi *Jugler* Contribuzioni alla biografia giuridica nella vita di Desiderio Araldo vol. II. n. 29.

(30) L. 30. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.)

(31) § 5. J. *de test. ord.* (2. 10.) L. 22. § 2. D. *eod.*

(32) L. 22. § 5. D. *eod.*

(33) § 13. J. *de test. ord.* (2. 10.) L. 24. D. *eod.*

(34) L. 1. § 6. D. *de bon. poss. S. T.* (37. 11.)

(35) § 12. J. *de test. ord.* (2. 10.) L. 22. § 6. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.)

(36) L. 4. C. Th. *de testam.* (4. 4.) L. 18. C. *eod.* (6. 23.). Sulla quistione se la consegna potesse avvenire anche per mezzo di un procuratore, il che avrebbe tolto al magistrato la possibilità di attestare che il testamento fosse la vera ed effettiva volontà del testatore, veggasi *Guyet* nell'Arch. per la prat. civ. vol. XIII. n. 14.; *Brinkmann* Notizie del dritto n. 51.

(37) L. 18. L. 23. C. *eod.*

(38) L. 19. C. *eod.* Nov. Valentin. III. lib. II. tit. 21. n. 1. § 2.

suppone che il testatore comparisca di persona, ma è valido anche quando non segua alcuna espressa decretazione sulla supplica (39).

2) Altre disposizioni di ultima volontà.

§ 321. Mentre prima di Costantino solo i testamenti erano soggetti ad una determinata forma, questi nell'anno 326. prescrisse che anche i codicilli, ed in generale tutti gli atti di ultima volontà, pei quali però si debbono intendere solo le disposizioni unilaterali, egualmente che i testamenti dovessero esser fatti in presenza di cinque o di sette testimoni (1), la qual differenza non può aver relazione che alla circostanza che si applichi la mancipazione o no (2). Dopo che Teodosio II. ebbe abolita la mancipazione nei testamenti, avrebbe dovuto per conseguenza far ciò anche per gli altri atti di ultima disposizione, nondimeno ciò non fu fatto che da Giustiniano, il quale però qui dichiarò sufficienti cinque testimoni (3), ma nel resto richiese tutto ciò che si dee osservare nei testamenti (4). Anche qui la consegna fatta al magistrato o all'Imperadore equivale alla formazione dell'atto innanzi a' testimoni (5). Nonpertanto sonovi ancora due eccezioni dalla regola che ogni disposizione d' ultima volontà abbia bisogno dell'anzidetta forma: 1)

(39) L. 19. C. cit. Nov. Valentin. III. cit. L'ultimo passo è chiaro che è tratto principalmente dal primo.

(1) L. 1. C. Th. *de testam.* (4. 4.)

(2) *Gothofredus* ad L. 1. C. Th. cit. espone la esatta spiegazione contro Cujacio.

(3) L. 8. § 3. C. *de codicillis* (6. 36.). La L. 8. C. cit. è in vero di Teodosio II., ma il § 3. vi si è aggiunto da Giustiniano, imperocchè nel Cod Theod. dove questo passo si trova come L. 7. C. Th. *de testam.* (4. 4.), manca il § 3. Ed ancora questa disposizione è dell' anno 424.. mentre quella sopra i testamenti non fu pubblicata che al 439, cosicchè la prima non può avere applicato le disposizioni della seconda. Ma verisimilmente la pratica per analogia avea adottata la disposizione di Teodosio sopra i testamenti anche nelle altre disposizioni di ultima volontà, siccome vien presupposto nella L. 8. C. *qui testam. fac. poss.* (6. 22.) di Giustino, ed avea soltanto modificato il numero dei testimoni, il che Giustiniano vuol confermare quando egli ascrive a Teodosio ciò che la pratica avea introdotto.

(4) L. 8. § 3. C. *de codicillis* (6. 36.) L. 28. C. *de testam.* (6. 23.) L. 8. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.). Quando nel § 3. J. *de codicillis* (2. 25.) si dice » codicillos etiam plures quis facere potest, et *nullam* solemnitatem ordinationis desiderant » questo evidentemente è un' abbreviazione mal fatta della giusta osservazione contenuta nella L. 6. § 1. D. *eod.* (29. 7.) « Codicillos et plures quis facere potest; et *ipsius manu neque scribi, neque signari necesse est.* »

(5) L. 18. C. *de testam.* (6. 23.) « testamenta omnia *caeteraque* quae apud officium censuale publicari solent. »

Una fu introdotta da Giustiniano pel caso che il testatore ad uno de'suoi successori abbia immediatamente imposto a voce un legato, nel qual caso non si richiede alcuna forma, ma dall'altro canto all'onorato non è permesso di farne la pruova in altro modo che mediante il deferimento del giuramento (6). 2) La seconda eccezione riguarda le donazioni a causa di morte, alle quali non si riferiscono le disposizioni di Costantino, come neppure gli ordinamenti posteriori che vi si rannodano. Da una quistione che erasi mossa intorno al punto se anche queste donazioni avesser mestieri della insinuazione, o del pari che i proprii legati ne fossero esenti, Giustiniano in vero prese occasione di decidere che, quando la donazione sia fatta innanzi a cinque testimoni, non sia d'importanza l'insinuazione (7); ma siccome egli non si espresse sul caso contrario, così s'intende di per sè che per questo caso si dee decidere in senso opposto, cioè è necessaria l'insinuazione se non sieno intervenuti cinque testimoni, presupposto però che la donazione sia di tal quantità da dover richiedere l'insinuazione; ma in ciò nel tempo stesso si contiene, che quì la mancanza dei testimoni non produce per sè stessa alcuna invalidità (8).

VII. Disposizioni di ultima volontà privilegiate

1) *Dei soldati*. (*)

§ 322. I principii generali sulle disposizioni di ultima volontà soffrono in più casi parecchie eccezioni, che sogliono venir indicate come privilegii dei testamenti. Sotto questo riguardo le persone più privilegiate sono i soldati. L'antico *testamentum in procinctu factum* sembra che del pari che il *testamentum in comitiis calatis* ben presto andasse in disuso, e da quel tempo non s'incontra alcun privilegio testamentario pei soldati, finchè Giulio Cesare non concedè loro un'ampia libertà di testare. Nondimeno non si sa nulla di più preciso intorno a ciò, e di più

(6) L. 32. C. *de fideicomm.* (6. 42.) § 12. J. *de fideicomm. hered.* (2. 23.); Löhr nell' Arch. per la prat. civ. vol. II. p. 188. seg. Ordinariamente questo chiamasi *fideicommissum heredi praesenti injunctum*; ma esso non è limitato all'erede. Del resto Giustiniano fu forse condotto a ciò da una reminiscenza dell'antica legge di Numa, della quale Dion. Hal. II. 75. ci dà notizia. V. sopra § 229. Nota 11.

(7) L. 4. C. *de mortis causa donat.* (8. 57.)

(8) La L. 4. C. cit. si può veramente intendere anche in questo modo che non debba essere mai necessaria l'insinuazione, ma che invece, sia sempre necessario l'intervento di cinque testimoni. Nondimeno la spiegazione data nel testo pare che meglio di ogni altra corrisponda al contesto di questo passo ed alla natura della *donatio mortis causa*.

(*) *Haenel* diss. I. e II. de testam. militari. Lipsia 1815-16.

la disposizione di Cesare non fu che transitoria (1). Per contrario può riguardarsi come un privilegio permanente l'avere Augusto conceduto ai soldati sotto la patria potestà la facoltà di disporre per testamento sul loro peculio castrense (2); ma il vero autore di estesi privilegii testamentarii conceduti a'soldati fu Tito Vespasiano, le cui disposizioni su tal materia furono anche accresciute da'suoi successori Domiziano, Nerva, e Trajano (3). Dopo quel tempo nelle istruzioni officiali dei Governatori fu solito di mettere la clausola che i soldati potessero testare come potessero e volessero (4), ed i Governatori nei loro Editti solevano esporre più distintamente il contenuto di siffatta libertà (5). Ma i privilegii che qui si riferiscono, e che furono introdotti parte per l'ignoranza del dritto che è comune nei soldati, e parte pel pericolo di morte che ordinariamente loro sovrasta (6), si possono partire in tre classi:

1.° La capacità di testare dei soldati è per tal modo estesa, che 1) anche come *filii familias* possono testare sul loro peculio castrense (7), 2) che le loro disposizioni di ultima volontà sono valide anche nel caso, che nel tempo che il testamento fu fatto, non sapessero con certezza se di già fossero *sui juris* (8), 3) che possono testare ma solo sopra i beni castrensi anche se sieno stati condannati a morte, sì veramente che la condanna sia seguita per un delitto militare, ma non per tradimento (9), e 4) che se sieno divenuti sordi e muti, finchè non sieno stati formalmente congedati, non sono per questo impediti dal testare (10).

2.° Per rispetto al contenuto delle loro disposizioni, i soldati son

(1) L. 1. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(2) Pr. J. *quib. non est perm. fac. test.* (2. 12.) V. § 94.

(3) L. 1. L. 24. D. cit.

(4) L. 1. D. cit.

(5) L. 2. D. *eod.*

(6) Caj. II. 109. pr. J. *de mil. test.* (2. 11.) L. 1. pr. L. 40. § 2. D. *eod.* (29. 1.) L. 3. C. *eod.* (6. 21.) L. un. pr. D. *de bon. poss. ex test. mil.* (37. 13.)

(7) Pr. J. *quib. non est perm. fac. test.* (2. 12.) L. 1. L. 2. L. 9. L. 13. L. 19. pr. § 2. D. *de castr. pecul.* (49. 17.) L. 43. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(8) L. 11. § 1. D. *de test. mil.* (29. 1.). Intanto se il soldato nella incertezza ha testato solamente sul suo peculio castrense, allora il testamento non si estende sull'altro suo patrimonio, quantunque egli sia effettivamente *sui juris* L. 11. § 2. D. *eod.* Confr. § 317. Nota 42.

(9) L. 11. pr. D. *eod.* L. 13. C. *eod.* L. 32. § 8. D. *de don. int. vir. et ux.* (24. 1.) L. 6. § 6. D. *de injusto* (28. 3.) L. 22. § 1. D. *de legat.* III. (32.) L. 1. D. *de veteran. et mil. succ.* (38. 12.)

(10) L. 4. D. *de test. mil.* (21. 1.) § 2. J. *eod.* Questo veramente per la L. 10. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.) cessò di essere un privilegio.

privilegiati in questo che 1) quasi tutte le particolari limitazioni delle disposizioni di ultima volontà cessano rispetto ad essi (11), il che non va soggetto che a poche eccezioni (12); e che 2) le loro disposizioni si debbono rigorosamente intendere ed eseguire alla lettera, anche quando la legge abbiavi per altri casi attribuito un senso particolare e degli effetti particolari (13).

3.° Per ciò che riguarda la forma i soldati 1) possono testare senza alcuna forma, e quindi basta che i medesimi abbiano, quantunque imperfettamente, scritta la loro volontà, o l'abbiano dichiarata innanzi ad alcune persone, che siano in istato di farne testimonianza (14); parimenti 2) possono agli eredi istituiti nel testamento aggiungerne degli altri (15) ne' codicilli testamentari, e 3) se abbiano voluto formare un testamento solenne, ma non abbiano osservata la debita forma, esso nondimeno vale come codicillo intestato (16). La dispensa da ogni forma ha luogo eziandio allorchè i soldati rivocano una disposizione d'ultima volontà, o ne confermano una di già fatta, e nell'ultimo caso la disposizione si dee giudicare secondo i principii sui testamenti militari, anche quando fosse stata fatta prima del servizio militare (17), altrimenti si debbono applicare le ordinarie regole (18). Tutti questi privilegii val-

(11) L. 1. pr. D. *de test. mil.* (29. 1.). Applicazioni di ciò sono in ispezialtà 1.) che l'istituzione di persone incapaci nel testamento militare è valida (§ 318. Nota 67.): 2.) che i soldati non son tenuti di aver riguardo agli eredi legittimarii (§ 347. Nota 42. § 349. Nota 33. e § 354. Nota 16.); 3.) che i legati da essi disposti non sono soggetti alla deduzione della quarta falcidia (§ 373. Nota 19.); 4.) e che i soldati possono più liberamente che gli altri disporre una sostituzione pupillare (§ 333. Nota 19.).

(12) L. 15. pr. L. 16. L. 28. L. 29. § 1. L. 41. § 1. 2. D. *eod.* L. 11. C. *eod.* L. 22. C. *de haeret.* (1. 5.)

(13) Applicazioni di ciò sono in ispezialtà: 1.) che i testamenti sopra una parte del patrimonio debbono valere semplicemente per questa parte (§ 331. Nota 12. e 15.), per la qual ragione qui possono anche incontrarsi più testamenti insieme (§ 326. Nota 16.); 2.) che sono valide le determinazioni di tempo e le condizioni risolutive aggiunte alla istituzione di erede (§ 313. Nota 30. e 314. Nota 1.); 3.) che qui una specie di sostituzione da sè stessa non include anche un'altra (§ 334. Nota 8.), e che il dritto d'accrescimento non ha luogo se non quando il testatore l'ha voluto (369. Nota 17.)

(14) Caj. II. 109.; Ulp. XXIII. 10.; pr. J. *de mil. test.* (2. 11.) L. 15. § 1. L. 24. L. 35. L. 40. pr. D. *eod.* L. 14. L. 15. C. *eod.*

(15) L. 36. pr. D. *eod.* L. 8. § 4. D. *de codicill.* (29. 7.)

(16) L. 3. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(17) L. 9. § 1. L. 15. § 1. 2. L. 17. § 2. L. 17. § 2, L. 20. § 1. L. 25. L. 34. § 1. L. 38. § 1. D. *eod.* pr. § 4. J. *eod.*

(18) L. 8. § 4. D. *de codicill.* (29. 7.)

gono per tutt'i soldati di qualunque specie e grado (19). Da principio la loro applicazione cominciava fin dal momento che alcuno era iscritto ne'ruoli militari (20); ma più tardi s'inclinò all'avviso, che i privilegi si dovessero restringere al caso che un soldato si trovi fuori dei suoi alloggiamenti, in una spedizione *in expeditione*. Alcuni Imperadori presupposero ciò nelle loro costituzioni, senza però esprimerlo determinatamente (21); ma Giustiniano in fine dichiarò precisamente che i soli soldati *in expeditione* dovessero godere gli anzidetti favori (22). Le disposizioni, che validamente si son fatte secondo il dritto militare, rimangono assolutamente in vigore finchè il soldato serve (23), e la stessa *capitis diminutio minima* del soldato non ha veruna influenza (24). Ma se il testatore ha finito di servire, le disposizioni fondate sopra i privilegi militari han vigore se egli muoia nel termine di un anno (25), ma non già allorchè sia stato congedato per una cagione ignominiosa (26). I privilegi testamentarii dei soldati in generale non sono applicabili alle altre persone appartenenti all'esercito (27). Intanto allorchè queste si trovano con l'esercito nel territorio nemico, anche esse son dispensate da tutte le forme, ma il loro testamento privo delle menzionate forme cessa di aver vigore così tosto come son ritornate (28). Per un certo tempo i privilegi militari furono estesi a segno che anche gl'impuberi, i quali fossero iscritti come uffiziali ne'ruoli dell'esercito, potessero testare; ma nondimeno ciò fu abolito da Giustiniano (29).

(19) L. 20. pr. L. 25. L. 42. L. 43. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. un. § 1. 2. D. *de bon. poss. ex test. mil.* (37. 13.). È degno di notarsi che il Generale non pare essere stato annoverato fra le persone militari; e per lo meno non vi era annoverato il Preside nelle provincie L. 44. D. *de test. mil.* (29. 1.) Confr. L. 37. pr. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(20) L. 42. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(21) L. 1. L. 15. C. *eod.*

(22) L. 7. C. *eod.* pr. § 4. J. *eod.* La L. 7. C. cit. ha un significato del tutto generale, come pure le L. 2. e L. 15. C. *eod.* non si riferiscono semplicemente alla forma. Nel pr. J. *eod.* pare in verità che Giustiniano riferisca la sua disposizione soltanto alla esenzione dalle forme del testamento, cosicchè gli altri privilegi dovrebbero sempre essere applicabili; ma nel § 6. J. *de exher. lib.* (2. 13.) egli con precisione la riferisce anche al contenuto dei testamenti.

(23) § 3. J. *eod.*

(24) L. 22. L. 23. D. *eod.*

(25) L. 21. L. 38. pr. § 1. D. *eod.* L. 5. C. *eod.* § 3. J. *eod.*

(26) L. 26. D. *eod.* L. 2. D. *de his qui not. inf.* (3. 2.)

(27) L. 16. C. *de test. mil.* (6. 21.)

(28) L. 44. D. *eod.* L. un. pr. D. *de b. p. ex test. mil.* (37. 13.)

(29) L. 18. C. *de test. mil.* (6. 21.)

2) Altri casi.

§ 323. Anche gli altri privilegi testamentarii, che non stanno in connessione colla guerra, hanno tutti verisimilmente origine dal tempo degli Imperadori.

1.° Come il più antico fra essi può riguardarsi quel principio d'ignota origine, e che in vero sol per metà qui si può riferire, cioè che quando un testatore, il quale in un suo anteriore testamento abbia istituito ad eredi persone diverse dai suoi eredi *ab intestato*, in un testamento posteriore istituisce precisamente questi eredi, l'ultimo testamento, sebbene non perfetto, rivoca il primo, cosicchè si apre nuovamente la successione *ab intestato* (1). Nondimeno questo principio fu ristretto e determinato da Teodosio II. in modo che l'istituzione degli eredi *ab intestato* non dovesse avere l'effetto indicato, se non quando fosse seguita innanzi a cinque testimoni, e che una siffatta disposizione non dovesse valere se non come un codicillo intestato, dal che si deduce che per tal mezzo si ripristina soltanto la successione *ab intestato*, ma non si può fare veruna diseredazione (2).

2.° In tempo di un morbo dominante, in cui per tema di contagio non si riuniscono volentieri molte persone, vien dispensato dall'unità dell'atto, sicchè il testatore può chiamare anche partitamente i testimoni, per fare con ciascuno separatamente il suo testamento, la qual cosa si trova per la prima volta in un Rescritto di Diocleziano, il quale nondimeno, secondo le sue stesse parole non è la fonte di tal privilegio (3).

(1) L. 2. D. *de injusto* (28. 3.)

(2) Nov. Theod. II. tit. 16. § 7. L. 21. § 5. C. *de testam.* (6. 23.) Confr. sopra § 310. Note 3.

(3) L. 8. C. *eod.* Se la dichiarazione di questo passo nella Basilic. XXXV. 2. lex. 7., la quale anche per ragione intrinseca è inverisimile, fosse vera, cioè che i testimoni non dovessero venire alla presenza del testatore, ma potessero riunirsi in altro luogo, in cui certamente non potrebbero testificare per propria scienza la legittimità del testamento, cosa che le stesse Basiliche riconoscono l. c. nella seguente lex 8., allora, siccome di già Cujacio Observ. XXVI. 10. ha notato, dovrebbe trovarsi il dativo *morbo oppressis*, giacchè l'accusativo *morbo oppressos* non può riferirsi che ai *testes*. Secondo l'edizione del Codice di *Herrmann* tutt'i manoscritti hanno l'accusativo eccetto soltanto il frammento Veronese di un manoscritto del codice, nel quale si trova *oppresso*. L'opinione di Gothofredo op. min. Lugd. 1733. p. 624. seg. e di *Marezoll* nel giornale del dritto e della proc. civ. IV. p. 77. seg., che la L. 8. C. cit. si debba intendere non già di un male contagioso, ma di un subitaneo debilitamento di forza del testatore, mi pare che in niuna guisa corrisponda alle parole del testo.

3.° Secondo una disposizione di Costantino nei testamenti di ecclesiastici, nei quali sieno manomessi degli schiavi, non si richiede niun testimone, ed in generale niuna formalità (4).

4.° Per rispetto ai testamenti della gente di contado, *rusticani*, tra i quali era radicato il costume di non osservare rigorosamente le forme dei testamenti, Giustiniano per non rigettare in tutto questa usanza dichiarò che in caso di necessità, ma solo in questo caso, fosse sufficiente che si chiamassero semplicemente cinque testimoni, e nel caso che si facesse un testamento per iscritto bastasse anche che vi fosse fra essi un solo che sapesse scrivere, il quale potesse apporre il nome degli altri presso ai loro suggelli. Ma allora il testatore dee far noto ai testimoni l'erede che ha nominato (5).

5.° In fine Giustiniano introdusse anche il così detto *testamentum parentum inter liberos* (6), disponendo (7) che quando un ascendente istituisce ad eredi soltanto discendenti o alcuni o tutti, possa ciò fare senza chiamar testimoni, purchè il testatore scriva di propria mano il testamento ed indichi chiaramente in esso la data, i nomi dei discendenti istituiti, e la porzione che ciascuno dee avere, e di più esprima questa porzione non già in cifre numeriche ma per esteso. L'istituzione di altre persone in un testamento di tal fatta è invalida; ma possono bensì disporsi dei legati in favore di altri; soltanto in questo caso si richiede che il testatore almeno innanzi a due testimoni abbia dichiarato che il tutto sia stato scritto di sua mano, e che sia la sua seria volontà (8). I precedenti privilegii per quanto possono applicarsi anche ai codicilli, debbonsi indubitatamente riferire anche ad essi (9).

(4) L. un. C. Th. *de manum. in eccles*. (4. 7.) L. 2. C. *de his qui in eccles. manum*. (1. 13.)

(5) L. 31. C. *de testam*. (6. 23.). Nel Brachilogo II. 19. § 4. è detto: « Haec autem observantia non solum militibus, sed etiam rusticis remissa est, quocumque enim modo voluntas eorum patet, legitimum sortietur effectum », il che accenna ad un ritorno fatto nel medio evo all'antico abuso corretto da Giustiniano.

(6) *Euler* de test. par. int. lib. Bonnae 1820. e 23. 8.; *Andrea* nell'Arch. per la prat. civ. vol. IV. n. 25.; *Fritz* Saggio di una spiegazione storico-dommatica della teorica dei testamenti dei genitori tra i figliuoli Giess 1822. 8.

(7) Le antiche disposizioni di Costantino e Teodosio II. alle quali Giustiniano nella Nov. 107. prooem. si riferisce, sono la L. 1. C. Th. *fam. herc*. (2. 24.) e la L. 7. § 2. C. Th. *de testam*. (4. 4.), le quali però possono prendersi in considerazione soltanto nella *divisio parentum inter liberos* § 346., e nella clausola codicillare (§ 324. Nota 18.), e per conseguenza qui possono trasandarsi.

(8) Nov. 107. prooem. c. 1. 2.

(9) Ciò vale segnatamente per la L. 8. L. 31. C. *de test*. (6. 23.)

VIII. Invalidità ed invalidamento delle disposizioni di ultima volontà.

1) *Invalidità.*

A. Generalità.

§ 324. Le disposizioni di ultima volontà del pari che gli altri atti giuridici possono fin da principio essere in tutto o in parte invalide, ovvero invalidarsi di poi (1), ed in amendue i casi anche qui vale la regola che l'invalidità di una parte non nuoce al resto, allorchè questo può sussistere da sè (2).

1.° Ha luogo specialmente una intera nullità 1) allorchè il testatore non ha avuto la capacità di testare; 2) allorchè non si è osservata la forma legale, 3) allorchè tutto il contenuto è invalido, e 4) pei testamenti anche allorchè solo tutte le istituzioni di erede sono invalide, o allorchè si sono trasandati i figliuoli sotto la potestà del testatore.

2.° Per contrario ha luogo una nullità solamente parziale allorchè solo alcune disposizioni abbiano dei difetti che producono invalidità, o allorchè solo qualche cosa particolare prima che l'atto di ultima volontà fosse solennizzato sia stata dal testatore depennata o cancellata, o nello stesso atto espressamente rivocata. Ed in ciò la nullità di una disposizione porta sempre con sè anche la nullità de' pesi imposti all'onorato; salvochè questi per qualche altra causa fosse pervenuto alla successione, ed il testatore avesse fatto conoscere la sua volontà che tali pesi fossero in ogni caso adempiuti (3). Ma qualunque sia la cagione per la quale una disposizione di ultima volontà o una parte di essa possa essere nulla, si dee osservare come regola il principio, che ciò che è nullo non divien valido perchè di poi sieno cessate le cagioni della invalidità. Uno dei Catoni celebri come Giureconsulti nel 6.° secolo di R. (4) avea pei legati espresso questo principio con la formola che dal suo nome fu chiamata *regula Catoniana:* « *che ogni legato, il*

(1) L. 1. D. *de injusto, rupto, irrito facto test.* (28. 3.) Trattandosi della nullità fin da principio, ne' fonti il testamento vien detto in preferenza *injustum*, e trattandosi di un posteriore annullamento vien detto piuttosto, *ruptum* s. *irritum*. Ma anche il testamento nullo non di rado chiamasi *irritum* p. es. nella L. 26. C. *de legatis* (6. 37.). Pei legati nulli si adopera specialmente l'espressione tecnica *inutile legatum*, siccome pure le espressioni *testamentum destitutum* ed *inofficiosum* non si applicano che a certi determinati modi di annullamento.

(2) L. 2. D. *de his quae in test. delentur.* (28. 4.)

(3) L. 77. § 23. D. *de legat.* II. (31.) L. 29. § 1. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.)

(4) La mia St. § 63.

quale sarebbe invalido, se il testatore fosse morto al tempo che il testamento fu fatto, rimanga invalido in qualunque tempo sia realmente morto » (5); ma da ciò non si può dedurre che questo principio sia stato ristretto ai legati, imperocchè esso non fu meno ammesso per le altre ultime disposizioni (6), e segnatamente anche per le istituzioni di erede (7), e pei fedecommessi (8). Nondimeno questa regola patisce più eccezioni (9): 1) per tutte le disposizioni condiziona-

(5) L. 1. pr. D. *de reg. Caton.* (34. 7.) Confr. L. 41. § 2. D. *de legat.* I. (30.); Caj. II. 244. § 10. 33. J. *de legat.* (2. 20.); Theoph. ad h. l.; *Harnier* de reg. Caton. Heidelb. 1820. 8.; *Guyet* diss. n. 5.; *Rosshirt* nell' Arch. per la prat. civ. vol. X. p. 328. seg.; *Muller* quivi vol. XIV. n. 13.; *Arndts* nel Museo Renano vol. V. n. 9.

(6) L. 201. D. *de R. J.* (50. 17.). « Omnia quae ex testamento proficiscuntur, in statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint. » L. 29. D. *eod.*

(7) L. 210. D. *eod.* « quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest » Caj. II. 123. Si può anche allegare in conferma per Arg. a contrario la L. 4. *de reg. cat.* (34. 7.) » placet Catonis regulam ad *conditionales institutiones* non pertinere », giacchè institutio si adopera sempre soltanto per la istituzione di erede, e la L. 3. D. *eod.* » Catoniana regula non pertinet *ad hereditates*, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem » anche senza l'insussistente emendamento di Cujacio Observ. IV. 8., di leggere cioè *libertates* per *hereditates* non può esser considerata come contraria. Imperocchè quivi non si dee scorgervi altro che la notizia storica, che Catone avea formato la sua regola soltanto pei legati, e che di più ne avea eccettuati quei legati che non si deferivano immediatamente alla morte del testatore. I Giureconsulti Romani ben di frequente stabilivano le loro regole semplicemente per rispetto a qualche rapporto che aveano principalmente a regolare, senza pensare alla più ampia applicazione delle medesime, e quindi non è meraviglia se Catone trattando di legati espresse un principio generale di dritto in una formola ristretta ai soli legati. Un'altra specie di conciliazione trovasi in *Goveanus* Varior. III. 29., il quale riferisce anche all'eredità la frase « quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem » ed intende quel passo del caso quando uno schiavo era stato dichiarato libero ed istituito erede insieme con altri eredi, nella quale ipotesi non diveniva libero ed erede se non quando gli altri eredi aveano accettato, e quindi per lui anche il dies hereditatis post aditam demum cessit hereditatem (L. 21) 22. 31. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.). Ma se questa fosse l'intenzione, il Giureconsulto avrebbe anche aggiunto *ad eas hereditates*, come avea detto *ad ea legata*. Tanto meno è contraria la L. 20. D. *de lib. et posth.* (28. 2.), la quale devesi intendere di una condizione potestativa. V. § 347. Nota 7. *eod.*

(8) L. 4. L. 13. C. *de legatis* (6. 37.) L. 30. § 8. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 8. § 1. D. *de legat.* III. (32.). Non si oppongono L. 1. § 1. 5. L. 7. pr. D. *eod.* Di altra opinione è *Guyet* l. c., ma vedi in contrario *Arndts* p. 247. seg.

(9) Se vi sia luogo ad eccezione quando ad alcuno si lasci in legato la sua propria cosa, e questi posteriormente l'abbia alienata, è una quistione sulla quale si trova una contraddizione, giacchè Ulpiano sostiene essere invalida siffatta disposizione L. 41. § 2. D. *de legat.* I. (30.), e Celso per contrario ne sostiene la validità L. 1. § 2. D. *de reg. Cat.* (34. 7.). Ma l'opinione negativa è approvata nel § 10. J. *de legat.* (2. 20.) L. 13. C. *eod.* (6. 37.)

li (10), purchè un incapace non sia stato onorato pel caso che divenga capace (11); 2) pei legati che non passano agli eredi, nel qual caso il deferimento non avviene che all' accettazione dell' eredità da parte dell'erede (12); 3) allorchè un testamento per essersi trasandato un figlio sia nullo, ma questo figliuolo omesso abbia rinunziato alla successione e lasciata l' eredità ai suoi germani istituiti (13); 4) allorchè un incapace di testare abbia ordinato un fedecommesso, ma prima della sua morte sia divenuto capace e sia morto senza aver cangiato di volontà (14); e 5) pei fedecomessi a favore di uno schiavo di un deportato, allorchè questi prima della morte del testatore abbia alienato lo schiavo, o ricuperato la capacità di succedere (15). Oltre a ciò quella regola non è applicabile allorchè per nuove leggi siensi imposte delle nuove condizioni per le disposizioni di ultima volontà (16). Il Giureconsulto Servio Sulpizio volea anche che si facesse eccezione pei legati fatti a coloro che stavano sotto la potestà dell'erede, allorchè essi, vivendo il testatore, erano usciti dalla potestà del medesimo; nondimeno questa opinione non prese voga (17). S' intende di per sè che le disposizioni invalide possono divenir valide rinnovandosi, purchè la nuova disposizione non pecchi dello stesso vizio della prima (18); ma l'approvazione di un' ultima volontà invalida o di una disposizione invalida da parte di coloro, ai quali per essa vien tolta qualche cosa, o imposto qualche peso, non produce niuna validità pei terzi, sebbene quei che consentirono vi si trovino legati (19). Al contrario pei testamenti può anche aver luogo una eccezione dalla totale invalidità, per effetto della

(10) L. 4. D. *de reg. Cat.* (34. 7.) L. 41. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 8. § 1. D. *de legat.* III. (32.) L. 86. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) Confr. L. 31. L. 98. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

(11) V. § 318. Nota 1. e 2.

(12) L. 3. D. *de reg. Cat.* (34. 7.) L. 17. D. *quando dies* (36. 2.) L. 12. D. *de optione legata* (33. 5.) Confr. L. 23. § 1. L. 25. D. *de manum. test.* (40. 4.) L. 24. § 1. D. *de legat.* I. (30.)

(13) L. 17, D. *de injusto* (28. 3.)

(14) L. 1. § 1. 5. D. *de legat.* III. (32.)

(15) L. 7. pr. D. *eod.* Questo pare essere un residuo di ciò, che per lungo tempo il fedecommesso potè lasciarsi anche ai peregrini.

(16) L. 5. D. *de reg. Cat.* (34. 7.)

(17) Caj. II. 244.; Ulp. XXIV. 23. § 32. J. *de legat.* (2. 20.)

(18) L. 19. pr. § 1. D. *de legatis* I. (30.)

(19) L. 16. § 1. C. *de testam.* (6. 23.) L. 2. L. 23. C. *de fideicom.* (6. 42.); *Gluck* Spiegazione delle pand. vol. XXXVIII. p. 134. seg. Nondimeno la L. 17. D. *de injusto* (28. 3.) contiene in certo modo un' eccezione, ove il consenso in generale rende valido il testamento V. Nota 13.

così detta clausola codicillare, allorchè nel testamento siasi espresso il desiderio che il medesimo in caso di necessità dovesse esser mantenuto almeno come codicillo, e vi concorrano i requisiti di un codicillo, sebbene vi manchino quei di un testamento, nel qual caso gli eredi *abintestato* debbono restituire l' eredità agli eredi nominati, come un fedecommesso universale, presupposto che questi senza lite lascino cadere il testamento come tale (20).

(2 Invalidità per cagione dei vizii della determinazione della volontà.

§. 325. L' errore, la violenza, e il dolo per verità nelle disposizioni di ultima volontà esercitano sulla loro validità altrettanta influenza quanta per gli altri atti giuridici; nondimeno sopra di ciò valgono in parte alcuni principii speciali.

1.° Primamente per ciò che riguarda l' errore è regola generale che bisogna che l' errore sia effettivamente stato la causa delle disposizioni in quel modo che avvedutamente sono state espresse, imperocchè se soltanto per innavedutezza dello scrittore o anche del testatore medesimo fosse stata scritta qualche cosa diversa da ciò che il testatore intendeva dire, ciò non nuocerebbe quando coloro che vi hanno interesse a conservare la disposizione, potessero dimostrare ciò che veramente si avea in pensiero di esprimere nel suo contenuto (1). Ma anche un errore di tal fatta non è sostanziale che in pochi casi: 1) *come errore nell' indicazione*, quando il testatore A. invece della persona che voleva onorare ha nominato per iscambio un' altra determinata persona, nel qual caso la disposizione cade, perchè il nominato non si avea in pensiere, e quegli che si avea in pensiere non fu nominato (2), ovvero allorchè B. in un legato fu indicato un oggetto totalmente diverso da quel che si avea in mente di legare, nel qual caso vale il medesimo (3), ma degli altri errori nell' indicazione non si fa alcun conto, purchè sia manifesto ciò che s' è inteso, quantunque siasi usato un falso nome (4), o una dimostrazione

(20) L. 7. C. Th. *de testam.* (4. 4.) L. 8. § 1. C. *de codicill.* (6. 36.) Confr. con L. 29. § 1. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 41. § 3. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) L. 3. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(1) L. 9. § 2-6. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 15. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 92. D. *de R. J.* (50. 17.)

(2) L. 9. pr. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 3. D. *de reb. dub.* (34. 5.)

(3) L. 9. § 1. D. *de her inst.* (28. 5.) L. 4. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 7. § 2. D. *de suppell. leg.* (33. 10.) L. 3. D. *de reb. dub.* (34. 5.)

(4) § 29. J. *de legatis* (2. 20.) L. 4. pr. D. *de legat.* I. (30) L. 3. § 5. D. *de suppell. leg.* (33. 10.) L. 4. C. *de test.* (6. 23.) L. 7. § 1. C. *de legat.* (6. 37.)

inesatta (5); 2) *come errore nella causa*, allorchè o A. vien dimostrato che il testatore ha tenuta per vera una causa inesatta, che egli espressamente ha indicata (6), ovvero allorchè B. un onorato evidentemente è stato onorato semplicemente nella presupposizione di una qualità, che egli non ha (7), ovvero allorchè C. un padre ha diseredato o trasandato i suoi figliuoli solo perchè ignorava la loro esistenza (8); 3) *come errore sull' oggetto* di un legato, allorchè il testatore A. ha riguardato come sue alcune cose altrui (9), ovvero B. ha tenuto come esistenti delle cose che non esistevano, e in tale opinione le ha legate (10); finalmente 4) *come errore sullo status*, allorchè il testatore medesimo non sa che egli ha uno *status* che lo rende capace di testare, quantunque effettivamente lo abbia (11). Gli altri errori non rendono nulla una disposizione; ma d'altra parte la nullità di una disposizione procedente da altre cagioni non si evita per la circostanza che essa abbia per fondamento un errore del testatore (12).

2.° Se il testatore per dolo sia stato indotto a testare o fare qualche altra disposizione, per verità i principii sull' errore si applicano anche in questo caso in tutta la loro estensione, ma il dolo è un vizio di maggior portata, e certamente a tutte le disposizioni, che da esso hanno avuto origine, come a quelle che non sono state effettivamente volute dal testatore può venire opposta *l'exceptio doli* da coloro, a cui danno queste

(5) § 30. J. *eod.* L. 48. § 3. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 108. § 10. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. § 8. D. *de dote prael.* (33. 4.) L. 18. § 3. D. *de instr. leg.* (33. 7.) L. 17. pr. § 1. L. 27. L. 33. L. 34. pr. L. 40. § 4. D. *de cond. et dem.* (35. 1.); Ulp. XXIV. 19. L. 5. C. *de her. inst.* (6. 24.) L. 2-5. C. *de falsa causa* (6. 44.)

(6) L. 28. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 72. § 6. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 92. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 14. §. 2. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 1. C. *de falsa causa* (6. 44.)

(7) § 4. J. *de vulg. subst.* (2. 15.) L. 40. L. 41. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 16. pr. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 3. pr. § 1. D. *de Carbon. ed.* (37. 10.) L. 5. C. *de testam.* (6. 23.) L. 4. L. 7. C. *de her. inst.* (6. 24.)

(8) L. 9. L. 10. C. *de test. mil.* (6. 21.) L. 25. pr. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 16. § 3. 4. D. *de test. tut.* (26. 2.) Cic. *de Orat.* I. (39.)

(9) § 4. J. *de legatis* (2. 20.) L. 67. § 8. D. *de legat.* II. (31.) L. 10. C. *de legat.* (6. 37.)

(10) § 7. J. *eod.* L. 24. pr. L. 75. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 7. § 2. D. *de legat.* III. (32.) L. 25. D. *de lib. leg.* (34. 3.)

(11) L. 14. L. 15. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) V. § 317. Nota 42.

(12) L. 2. § 1. L. 6. § 4. L. 14. pr. D. *de jure codicill.* (29. 7.) L. 101. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 4. D. *de his quae pro non script.* (34. 8.) L. un. § 2. 3. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

disposizioni debbano tornare (13), e siccome questa eccezione s'ammette anche come *replicatio doli*, così segue da sè, che dopo già adempiuta la disposizione di ultima volontà compete alle parti anche il dritto di domandare la restituzione di ciò che alcuno per effetto del dolo ha conseguito (14). Soltanto bisogna che il testatore effettivamente sia stato ingannato, e non già indotto semplicemente per via di preghiere e di persuasive (15).

3.° Le regole sul dolo valgono tanto più anche nel caso della violenza, in cui l'autore dee inoltre esser punito criminalmente (16). Nel dolo e nella violenza è da riguardarsi anche il caso inverso, che alcuno per essi sia stato impedito di fare un testamento o di comprendervi delle disposizioni, o di cambiare qualche disposizione già fatta. Qui certamente ciò che si avea in mente di fare ma che fu omesso non si può riguardare nè trattare come fatto, ma ciò che l'autore per effetto del suo dolo o immediatamente o mediatamente dovrebbe conseguire, secondo una prescrizione di Adriano, ricade al Fisco (17), ed egli è tenuto inoltre a risarcir del danno coloro che possono dimostrare ciò che il testatore avea in mente di lasciar loro, e per conseguenza ciò che senza la violenza o il dolo avrebbero ottenuto (18).

3) *Invalidamento.*

§ 326. Le cagioni ben diverse, per le quali le disposizioni di ultima volontà, che da principio son valide, possono di poi divenir caduche sono:

1.° Il sopravvenire di circostanze tali, per le quali la disposizione non può legalmente sussistere (1), la qual causa di estinzione per rispet-

(13) L. 1. § 1. 3. L. 4. § 10. D. *de doli except.* (44. 4.)

(14) Contro un erede adunque può dagli altri eredi intentarsi l' *hereditatis petitio*, e contro un legatario, dal gravato, la *condictio indebiti*, e si può combattere l' *exceptio testamenti* con la *replicatio doli.*

(15) L. 3. D. *si quis aliquem test. prohib. vel coeg.* (29. 6.) L. 3. C. *eod.* (6. 34.)

(16) L. 1. C. *eod.*

(17) L. 2. C. *eod.* L. 1. L. 2. D. *eod.* L. un. D. *quib. non comp. bon. poss.* (38. 13.) L. 16. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(18) L. 88. § 4. D. *de legat.* II. (31.) Nov. 115. c. 3. § 9. L'azione che qui si può adoperare è l' *actio de dolo*; imperocchè il danno proviene da un fatto doloso, che non è di fondamento a verun' altra azione.

(1) Ciò, come nelle obbligazioni (§ 245,) si esprime con la frase forse troppo ampiamente concepita: *testamenta* etc. *perimuntur, si in eam causam inciderunt, a qua incipere non possunt* L. 3. § 2. D. *de his quae pro non script. hab.* (34. 8.)

to alle singole disposizioni può in più guise verificarsi (2); ma per rispetto all'intera disposizione di ultima volontà non può altramente avvenire se non perchè il testatore patisca una *capitis diminutio*, ovvero mediante un suicidio si sottragga ad una *capitis diminutio*, la quale gli soprasti per pena (3), il che secondo le costituzioni di Adriano e di altri Imperadori qui del pari che nella confisca equivale alla condanna (4). Che se il testatore perde in altra guisa la capacità di testare, ciò non nuoce; imperocchè egli per tal modo non diviene nel tempo stesso incapace di aver un testamento (5), ed anche per la *capitis diminutio* si fa eccezione 1) allorchè il testatore è caduto in potere del nemico, ma di poi o ha ricuperato i suoi dritti mediante il *postliminium*, ovvero è morto nella prigionia, cosicchè vi sia luogo ad applicare per lui la *fictio legis Corneliae* (6); 2) allorchè il testatore ha testato solo sopra i beni castrensi o quasi castrensi, ed ha patito semplicemente una *capitis diminutio minima* (7); e 3) allorchè il testatore caduto per l'arrogazione o la legittimazione sotto la patria potestà, prima della sua morte è divenuto nuovamente *sui juris*, ed ha confermato espressamente la sua prima disposizione (8).

2.° La rivoca del testatore, la quale per regola, finchè è capace di volontà, è sempre libero di fare (9), e può avvenire in più modi: 1) per la formazione di un testamento, imperocchè per questo mezzo tutte le anteriori disposizioni di ultima volontà son rivocate (10), ancorachè ciò

(2) Si contengono degli esempii nella L. 3. § 2. D. cit. L. 17. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.)

(3) Caj. II. 145. 147.; Ulp. XXIII, § 4. 5.; § 4-6. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) L. 6. § 5-13. D. *de injusto* (28. 3.) L. 11. § 2, D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.) L. 8. § 3. D. *de jure codic.* (29. 7.)

(4) L. 6. § 7. D. *de injusto* (28. 3.)

(5) § 1. 2. 3. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.) L. 18. pr. L. 20. § 4. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 1. § 9. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.) L. 9. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.)

(6) Ulp. XXIII. 5.; L. 6. § 12. D. *de injusto* (28. 3.) L. 39. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 10. L. 11. L. 12. pr. § 5. L. 18. L. 22, pr. D. *de captiv.* (49. 15.)

(7) L. 6. § 13. D. *de injusto* (28. 3.) L. 22. L. 23. D. *de test. mil.* (29. 1.) § 5. J. *eod.* (2. 11.)

(8) L. 11. § 2. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.) § 6. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.); Caj. II. 147. L. 8. § 3. D. *de jure codic.* (29. 7.) L. 1. § 8. D. *si tab. test* (38. 6.)

(9) L. 4. L. 17. D. *de adim. vel transfer. leg.* (34. 4.) L. 20. D. *de injusto* (28. 3.). Intorno ad una eccezione veggasi Nota 26-28.

(10) § 2. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) L. 1. L. 2. D. *de injusto* (28. 3.); Caj. II. 144.; la circostanza che il nuovo testamento posteriormente sia invalidato natu-

non vi fosse stato espresso (11), o le anteriori disposizioni fossero state dichiarate irrevocabili (12), eccetto A. secondo un' orazione di Pertinace, quando il nuovo testamento fin dal principio è nullo (13), il che si ammette eziandio quando il medesimo non contiene affatto, o contiene delle istituzioni di erede, ma sotto una condizione *in praesens vel praeteritum relata* non verificata (14), o si è formato soltanto nell' opinione erronea che gli eredi da prima nominati fosser morti (15); B. quando un soldato nel nuovo testamento dispone soltanto di una parte del suo patrimonio, nel qual caso il testamento anteriore rimane fermo pel resto (16); C. quando il testamento conferma le disposizioni anteriori, il che eleva i precedenti codicilli a codicilli confermati (17), e per rispetto ad un testamento anteriore produce l'effetto che gli eredi quivi nominati si riguardino come fedecommessarii universali, ai quali i nuovi eredi debbono restituire l'eredità, ma deducendone la quarta falcidia (18); e D. secondo la disposizione di Settimio Severo, quando è evidente che il testatore non ha voluto rivocare gli antichi codicilli (19); 2) mediante la formazione di un codicillo, il quale chiami all' eredità gli eredi *ab intestato* trasandati in un testamento anteriore (20), mentre in altri casi un codicillo non invalida le disposizioni anteriori se non quando contiene un' espressa rivoca o una traslazione delle medesime (21), e neppure può illimitatamente rivocare le istituzioni di erede o tutto il testamento (22); 3) per la volontaria distruzione, rottura, o

ralmente non fa rivivere le disposizioni, che per esso una volta furono rivocate § 2. J. cit. L. 16. D. *eod.* L. 36. § 4. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(11) L. 27. C. *de testam.* (6. 23.)

(12) L. 6. § 2. D. *de jure codic.* (29. 7.) L. 22. pr. D. *de legat.* III. (32.)

(13) § 7. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) L. 7. L. 9. pr. § 1. 3. D. *de liberis* (28. 2.) L. 1. L. 2. D. *de injusto* (28. 3.) L. 16. § 1. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) L. 18. D. *de legat.* III. (32.) L. 12. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 21. § 3. C. *de testam.* (6. 23.)

(14) L. 11. L. 16. D. *de injusto* (28. 3.)

(15) L. 28. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 92. D. *de her. inst.* (28. 5.) Cic. de Orat. I. (39.)

(16) L. 2. D. *de injusto* (28. 3.) L. 19. L. 36. § 1. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(17) L. 5. L. 18. D. *de jure cod.* (29. 7.)

(18) § 3. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) L. 12. § 1. D. *de injusto* (28. 3.) L. 29. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(19) § 1. J. *de codicill.* (2. 25.) V. § 310. Nota 11.

(20) V. § 323. Nota 1. 2.

(21) L. 6. § 1. D. *de jure codic.* (29. 7.)

(22) V. Nota 28.

laceramento dell'atto che contiene le ultime disposizioni (23), ma nondimeno nel caso che vi siano più esemplari, la distruzione di un solo non è sufficiente, allorchè non sia provata dagl'interessati l' intenzione del testatore di aver per tal mezzo voluto manifestare la rivoca di tutti (24); 4) mediante la ripresa dei testamenti pubblici e codicilli dagli archivii giudiziarii, ove sono stati formati e deposti (25), e 5) mediante una semplice dichiarazione, nel che però è da distinguere la rivoca delle istituzioni di erede o di tutto il testamento da altri casi. Prima di Giustiniano la rivoca delle istituzioni di erede non era altramente possibile che mediante la formazione di un nuovo testamento o la distruzione del primo (26). Ma una disposizione di Teodosio II. che i testamenti dopo il decorrimento di dieci anni, pel verisimile mutamento di volontà in così lungo spazio di tempo, dovessero divenire inefficaci (27), diede a Giustiniano occasione di disporre che il semplice decorrimento di dieci anni non estinguesse il testamento, ma che la dichiarazione di rivoca potesse produr questo effetto allorchè fosse fatta innanzi a tre testimoni almeno, ed il testamento o già fosse antico di dieci anni, o dipoi durante la vita del testatore fosse divenuto tale (28). Intanto siccome questa disposizione riguarda solo le istituzioni di erede e tutto l' intero testamento, così non può essa riferirsi alle altre singole disposizioni di un testamento nel modo medesimo che non può riferirsi ai codicilli; piuttosto deve qui esser sufficiente non solo la dichiarazione di rivoca contenuta in un codicillo valido (29), ma anche ogni altra dichiarazione (30). Soltanto non deve es-

(23) L. 20. D. *de injusto* (28. 3.) L. 1-3. D. *de his quae in test. del.* (28. 4.) L. 1. § 8. D. *si tab. test.* (38. 6.)

(24) L. 4. D. *de his quae in test. del.* (28. 4.)

(25) L. 18. C. *de testam.* (6. 23.)

(26) L. 76. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 2. C. *de codicill.* (6. 36.) § 2. J. *eod.* Non si oppongono L. 3. D. *de his quae in test. del.* (28. 4.) L. 1. § 8. D. *si tab. test.* (38. 6.) L. 4. § 10. D. *de doli exc.*, le quali debbono essere intese soltanto di una cancellazione o rivoca delle istituzioni di erede nel testamento medesimo prima della sua celebrazione.

(27) L. 6. C. Th. *de testam.* (4. 4.)

(28) L. 27. C. *de testam.* (6. 23.)

(29) Per la rivocazione in un codicillo si richiede che questo sia valido, imperocchè quando una disposizione che sta da se è nulla, niuna parte del suo contenuto può avere effetto L. 18. D. *de legat.* III. (32.)

(30) Pr. J. *de adempt. leg.* (2. 21.) L. 14. pr. D. *de jure codic.* (29. 7.) L. 18. D. *de legat.* III. (32.) L. 3. § 11. L. 17. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 4. § 10. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 27. C. *de fideicomm.* (6. 42.) L. 5. C. *fam. herc.* (3. 36.)

sere incerto, a quali fra più disposizioni la rivoca si riferisca, imperocchè in tal caso non produce effetto per niuna (31). Pei legati la rivoca viene eziandio presunta allorchè il testatore A. à bella posta e spontaneamente distrugge o aliena l' oggetto dei medesimi (32), ovvero B. più tardi dichiara il legatario come uomo malvaggio od ingrato (33), ovvero C. contrae con esso una inimicizia capitale, senza rappacificarsi nuovamente con lui (34), ovvero D. pel caso del passaggio dell' eredità in altri per sostituzione, trasmissione, o accrescimento ha imposto a costoro dei legati diversi da quelli che aveva imposti agli eredi (35); ovvero allorchè E. vi è traslazione (36), cioè un cambiamento d'un legato in un altro, o perchè nella medesima disposizione di ultima volontà o in un codicillo posteriore (37) sia stato sostituito un altro onorato (38), o un altro gravato (39), o un altro oggetto (40), o perchè siasi aggiunta o tolta qualche condizione o determinazione di tempo (41), nel qual caso, tostochè è certo che non si sia inteso di fare un secondo legato allato al primo, ma una semplice traslazione (42), il legato nella sua prima forma vien sempre ritenuto come estinto (43), anche quando il medesimo nella novella forma non potesse sussistere (44). Nondimeno se la traslazione non si è fatta che sotto condizione, questo effetto presuppone che la condizione si avveri durante la vita di colui che è stato onorato sotto condizione, in caso contrario

(31) L. 3. § 7. L. 14. § 1. D. *de adim. leg.* (34. 4.). Non si oppone L. 11. pr. D. *de reb. dub.* (34. 5.). V. intorno a ciò *Goschen* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. I. n. 6.

(32) L. 65. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 15. L. 18. L. 24. § 1. D. *de adim. leg.* (34. 4.) § 12. 21. J. *de legatis* (2. 20.) L. 3. C. *eod.* (6. 37.)

(33) L. 13. L. 29. D. *de adim. leg.* (34. 7.)

(34) L. 3. § 11. L. 4. D. *eod.* L. 9. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(35) L. 74. D. *de legat.* I. (30.) L. 61. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

(36) L. 5. L. 6. § 1. 2. D. *de adim. leg.* (34. 4.) § 1. J. *eod.* (1. 21.)

(37) L. 9. D. *eod.*

(38) L. 6. pr. L. 30. § 1. 4. D. *eod.*

(39) L. 6. pr. § 1. L. 30. pr. D. *eod.*

(40) L. 6. pr. § 2. L. 9. L. 11. L. 12. L. 31. pr. L. 32. pr. D. *eod.*

(41) L. 6. pr. L. 9. D. *eod.* L. 87. L. 89. 90. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(42) L. 33. L. 113. § 2. 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 44. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 7. D. *de adim. leg.* (34. 4.)

(43) V. Nota 36. Non per tanto s'intende da se che il legato, quando nulla siasi mutato per la traslazione si dee interpetrare e giudicare secondo le determinazioni dell' originaria disposizione L. 13. pr. D. *de alim. legatis.* (34. 1.) L. 24. pr. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 95. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(44) L. 20. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 31. pr. D. *de legat.* I. (30.)

rimane la disposizione primitiva (45). Del resto anche le altre rivoche di un atto contenente disposizioni di ultima volontà possono avvenire condizionalmente, ed allora l' onorato del pari dee sopravvivere alla mancanza della condizione, imperocchè nella rivoca condizionale si contiene la condizione opposta, dalla quale la disposizione si fa dipendere (46).

3.° Il non acquisto della successione da parte degli eredi, sia che questi abbiano rinunciato o perduto il loro dritto, sia che sieno morti o in altra guisa decaduti, pel qual mezzo si estingue sempre la disposizione fatta a loro vantaggio, se niun'altro subentra in loro luogo (47), e quando tutti gli eredi vengono meno, diviene invalido tutto il testamento, il quale allora vien detto abbandonato, *testamentum destitutum* (48), il che patisce eccezione soltanto nel caso che può aver luogo l'*addictio bonorum libertatum servandarum causa* (49).

4.° La perdita o distruzione dell'atto che contiene le ultime disposizioni, allorchè non si può più conoscerne il contenuto, quantunque allora esso sia invalidato soltanto di fatto e non di dritto, giacchè sebbene il Pretore concedeva la *bonorum possessio secundum Tabulas* solamente a coloro che poteano produrre nell' originale il testamento, sul quale si fondavano (50), pure non si escludeva con ciò la facoltà di far valere un atto di ultima volontà annientato o perduto, purchè se ne potesse dimostrare il contenuto, anche quando il testatore medesimo, ma per inavvertenza, ne avesse effettuata la perdita (51).

5.° La rescissione del testamento da parte degli eredi legittimarii, i cui particolari si rannodano ad altra materia (52).

(45) L. 7. L. 8. L. 10. § 1. L. 30. § 4. D. *de adim. leg.* (34. 4.)

(46) L. 10. pr. D. *eod.* L. 107. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 6. pr. D. *quando dies* (36. 2.)

(47) Mediante sostituzione, trasmissione etc.

(48) § 2. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) § 2. J. *de lege Falc.* (2. 22.) L. 9. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 1. D. *de injusto* (28. 3.) L. 12. § 5. D. *de bon. lib.* (38. 2.) L. 181. D. *de R. J.* (50. 17.) Confr. L. 38. § 6. D. *de legat.* III. (32.) L. 49. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(49) V. § 343.

(50) L. un. D. *si tab. test. nullae ext.* (37. 2.) L. 1. § 2-4. 7. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.)

(51) L. 20. D. *de injusto.* (28. 3.) L. 1. § 3. D. *de his quae in test. del.* (28. 4.) L. 10. § 2. D. *testam. quemadm. aper.* (29. 3.) L. 2. L. 11. L. 30. C. *de testam.* (6. 23.)

(52) V. cap. 5.

6.° Il mancare delle condizioni aggiunte, la qual cosa nelle disposizioni condizionali produce il medesimo effetto che quando l'onorato per altre ragioni non abbia acquistato (53), ma secondo il disposto di Giustiniano patisce una singolare eccezione nel caso che il legato sia fatto sotto la condizione che il gravato non lasci figli, imperocchè qui l'entrata del gravato in un monastero, o un voto di castità deve estinguere il legato, salvo quando il medesimo sia destinato ad una causa pia (54).

7.° L'invalidamento di un testamento, pel quale per regola cadono (55) anche i codicilli testamentarii (56), come pure le sostituzioni pupillari (57).

8.° Pei legati, dopo il sopravvenire di quei tali avvenimenti, che estinguono i crediti senza che il creditore sia stato soddisfatto (58), come la perdita fisica o giuridica della cosa legata, avvenuta però senza colpa del gravato (59), ovvero allorchè il legatario l'acquista per altra via a titolo gratuito (60).

9.° Per le nomine di tutori fatte nel testamento, anche il rifiuto della conferma del magistrato, ove questa sia necessaria (61). Per l'invalidamento delle disposizioni di ultima volontà non è veramente stabilita una regola simile alla Catoniana, nondimeno se la cagione dell'invalidamento venga a cessare, la disposizione una volta estinta non rivive se non quando possa dimostrarsi ciò esser conforme alla volontà del testatore (62), sebbene si incontri qualche eccezione (63).

(53) § 2. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.)

(54) L. 53. § 2. C. *de episc.* (1. 3.) Nov. 123. c. 37.

(55) Intorno all'eccezioni veggasi § 350. Nota 42. § 351. Nota 12.

(56) L. 3. § 2. L. 14. pr. D. *de jure codicill.* (29. 7.)

(57) V. § 333. Nota 9.

(58) V. § 245.

(59) § 16. 17. J. *de legatis* (2. 20.) L. 36. § 3. L. 47. § 6. D. *de legat.* I. (30.) L. 22. § 2. D. *de legat.* III. (32.)

(60) § 6. J. *eod.* L. 34. § 1. 2. 7. 8. D. *de legat.* I. (30.) L. 21. § 1. D. *de legat.* III. (32.)

(61) V. § 134. Nota 9. e 10.

(62) L. 15. D. *de adim. legat.* (34. 4.)

(63) Non è se non un'eccezione di tal fatta, che da un testamento rotto per la nascita di un postumo si dia la *bonorum possessio secundum tabulas*, quando il postumo premuore al testatore L. 12, pr. D. *de injusto* (28. 3.)

IX. Esecuzione degli atti di ultima volontà.

1) *Apertura dei medesimi.*

§ 327. È ignoto se il dritto Romano antico di già contenesse delle prescrizioni sull'apertura degli atti di ultima volontà; ma la *lex Julia de vicesima hereditatum* (1), per assicurare la tassa ereditaria da essa introdotta, fece delle disposizioni sull'apertura dei testamenti (2), le quali da Senatoconsulti e Costituzioni furono maggiormente ampliate, ed estese ai codicilli (3). L'apertura devesi fare giudiziariamente (4); il perchè il giudice competente deve imporre la presentazione dell'atto di ultima volontà a coloro che lo tengono nelle loro mani (5). Or pei testamenti pubblici è competente esclusivamente il Tribunale, innanzi al quale essi si son formati (6), ma pei testamenti privati, se il testatore non abbia mostrato il desiderio che l'apertura si facesse nel luogo del suo domicilio (7), è competente il tribunale del luogo o del Circondario ove il testamento si conserva, in Roma il Pretore, nei Municipii il magistrato municipale, nelle Provincie il Governatore (8), ed in Costantinopoli, secondo la disposizione di Giustino, il *Magister census* (9). Se si abbiano ancora dei dubbii sulla morte del testatore, è in prima da fare un esame intorno a ciò (10); nel caso opposto, senza por tempo in mezzo, al più tardi fra cinque giorni si deve procedere all'apertura (11), e non può allegarsi in contrario alcun mezzo legale (12). Per questo atto si debbono citare tutti quei testimoni del testamento che sarà possibile di avere, affinchè riconoscano i loro suggelli e le sottoscrizioni (13), e se alcuno fra essi non possa venire, deve inviarsegli, se è

(1) La mia St. § 98. n. III.
(2) Paul. S. R. IV. 6.
(3) L. 4. C. *quemadm. test. aper.* (6. 32.)
(4) Paul. l. c. L. 4. L. 5. D. *testam. quemadm. aper.* (29. 3.) L. 1. L. 4. C. *eod.*
(5) L. 1. C. *eod.*
(6) L. 18. C. *de testam.* (6.23.)
(7) L. 2. C. *quemadm. test. aper.* (6.32.)
(8) Paul. l. c. § 2. L. 2. § 4. L. 4. L. 7. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*
(9) L. 23. C. *de testam.* (6.23.)
(10) L. 2. § 4. D. *test. quemadm. aper.* (29. 3.)
(11) Paul. l. c. § 3.
(12) L. 7. pr. D. *de appell. recip.* (49. 5.) L. 26. C. *quor. appell. non recip.* (11. 36.) L. 6. C. *eod.* (7.65.)
(13) Paul. l. c. § 1. L. 6. D. *test. quemadm. aper.* (29. 3.)

possibile, il testamento nello scopo che ne faccia la ricognizione (14). In difetto di testimoni il Giudice deve invitare alcuni uomini degni di stima, alla cui presenza il documento viene aperto, letto, trascritto, e suggellato di nuovo col suggello del magistrato (15). Secondo la *lex Julia* l'originale nuovamente suggellato dovea propriamente rimanere nell'Archivio del Tribunale, affinchè in caso di necessità se ne potessero sempre estrarre delle copie (16), intanto si ammise che esso potesse anche essere affidato alla custodia dell'erede principale (17), ed in generale pare che quella prescrizione non fosse dai Romani rigorosamente osservata (18). Se son più gli esemplari, non è necessario aprirne che un solo, ma l'apertura di una semplice copia non è sufficiente (19). In quanto ai codicilli, è naturale che siano aperti tutti (20). Del rimanente è in libertà del testatore di stabilire che qualche disposizione non sia aperta prima di un determinato tempo, o che qualche cosa non sia letta in pubblico (21); e specialmente i testamenti pupillari, anche senza una disposizione di tal fatta, non si debbono aprire prima della morte del pupillo (22). Siccome, secondo l'antica usanza, gli schiavi di una persona uccisa doveano essere esaminati col mezzo della tortura (23), su di che il *Sctum Silanianum* sotto Augusto a. di R. 763 avea stabilito delle precise disposizioni (24), e le persone libere per regola non poteano esser sottoposte a tortura, così per un Editto Pretorio di data ignota (25) fu vietato sotto una pena, che le disposi-

(14) L. 7. D. *eod.*

(15) Paul. l. c. § 1. 2.; L. 6. L. 7. D. *eod.* L. 1. L. 2. C. *eod.*

(16) Paul. l. c. § 1.

(17) L. 4. § 3. L. 5. L. 6. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 6. D. *de fide instrum.* (22. 4.) L. 5. C. *commun. utriusque judic.* (3. 38.)

(18) Si può allegare in comprova l'*edictum de tabulis exhibendis* (§ 274.), il quale presuppone che le ultime disposizioni del testatore potessero facilmente cadere nelle mani altrui. Per verità quest'interdetto fu senza dubbio più antico che la *lex Julia de vicesima hereditatum*, ma l'avere i Giureconsulti classici scritto tanto sopra di esso mostra l'importanza del medesimo, mentre questa avrebbe dovuto essere ben poca se i testamenti si fossero sempre conservati nei pubblici Archivii.

(19) L. 10. pr. L. 12. D. *test. quemadm. aper.* (29. 3.)

(20) L. 11. D. *eod.*

(21) L. 8. D. *eod.* L. 3. C. *eod.*

(22) L. 8. L. 9. D. *eod.*

(23) Cic. ad famil. IV. 12.; Tacit. ann. XIV. 42.

(24) La mia St. § 101. n. 1.

(25) Secondo la L. 3. § 18. D. *ad Sct. Silan.* (29. 5.) pare essere stato più recente che il *Sct. Silanianum*, imperocchè Ulpiano qui si esprime in modo, come se l'Editto avesse avuto relazione al Senatoconsulto. Nondimeno ciò potrebbe essere inesatto, impe-

zioni di ultima volontà di una persona uccisa si aprissero prima che l'esame fosse finito ; imperocchè le manomissioni testamentarie incontanente che si apre il testamento producono il loro effetto, e per conseguenza gli schiavi manomessi dall' ucciso per la sollecita apertura del testamento sfuggirebbero alla tortura (26). Contro colui che faccia il contrario ha luogo un'azione popolare portante la pena di 100 solidi, di cui la metà va all'attore, e l'altra ricade al Fisco (27), e se quegli sia un' erede dell'ucciso, diviene anche indegno di succedere (28). Intanto quest' azione per effetto d' un Senatoconsulto fatto l' a. di R. 764 (*M. Aemilio Lepido*, *T. Statilio Tauro Cons.*)si prescrive in cinque anni (29). Ma affinchè quegli schiavi, che son manomessi sotto una condizione da doversi adempiere in un determinato tempo, per la tarda apertura del testamento non rimangano privi della libertà, possono per via della restituzione ottenere il permesso di adempiere la condizione anche dopo il decorrimento del termine (30). Secondo un Sct. *Neronianum* s. *Pisonianum* dell'an. di R. 810 (57. dopo Cr.) l' inquisizione nel caso di uccisione di una moglie devesi anche estendere agli schiavi del marito (31), e secondo un Senatoconsulto sotto Trajano, anche ai libertini, che l'ucciso avea manomessi in vita (32) ; per la qual ragione per l' apertura del testamento, deve attendersi che l' inquisizione si compia anche contro costoro. Per le disposizioni fatte a voce per verità non può trattarsi di una vera apertura; ma siccome qui l' esame dei testimoni tien luogo dell'apertura, così i principii che valgono per quest'ultima debbono per analogia estendersi anche a quello (33) ; e però qui il magistrato competente deve udire i testimoni anche di ufficio , ma l'esame de'medesimi del pari non può aver luogo prima che sia compiuta l'istruzione contro gli schiavi del testatore ucciso.

rocchè dal perchè l' Editto parla non del fisco ma dell' *aerarium populi* L. 25. § 2. D. *eod.* si può dedurre che esso appartenga ad un tempo più antico.

(26) L. 3. § 18-32. L. 13. L. 23. L. 24. L. 25. § 2. L. 27. D. *eod.*

(27) L. 25. § 2. D. *eod.*

(28) V. § 301. Nota 31.

(29) L. 13. D. *eod.* Questo Senatoconsulto è da aggiungersi al § 101. della mia St.

(30) L. 3. § 31. 32. D. *eod.*

(31) Paul S. R. III. 5. § 5.

(32) L. 10. § 1. L. 11. D. *eod.* Confr. la mia St. § 105. Nota 2. Forse questo è il *Sct. Claudianum*, di cui fa menzione la Rubr. D. *de Sct. Silaniano et Claudiano* (29. 5.)

(33) Non si oppone la L. 10. § 1. D. *test. quemadm. aper.* (29. 3.)

2) Pruova (*)

§ 328. Colui che si fonda sopra un atto di ultima volontà dee provare che il medesimo sia stato fatto, e che contenga quelle disposizioni, sulle quali egli fonda il suo preteso dritto. Ma egli non è tenuto a dimostrare la mancanza di difetti nelle solennità dell' atto, o di altre cagioni d' invalidità, come neppure è tenuto a provare che non sia seguita alcuna rivoca, ma invece la pruova di questi tali difetti forma parte della contropruova (1).

1.° Or in quanto 1) siavi una scrittura contenente le disposizioni di ultima volontà, per la pruova del contenuto basta la presentazione del documento. Ma se s'impugni la sua legittimità o validità, allora si deve anche provare che il testamento provenga effettivamente dal testatore di cui si fa quistione, e che sieno stati intrapresi gli atti necessarii per la legittima formazione del medesimo, il che pei testamenti pubblici si fa principalmente col produrre il protocollo del magistrato, innanzi al quale si è testato, o un certificato rilasciato da questo magistrato, e pei testamenti privati con l'esame de'testimoni, i quali pel rifiuto della loro testimonianza, secondo le dodici Tavole divenivano intestabili (2). Nell'ultimo caso si debbono esaminare tutti quei testimoni che ancora si possono trovare; ma non nuoce che ne manchino alcuni (3); piuttosto anche qui due testimoni debbono far piena pruova (4), ed anche quando una parte di essi non riconosca i suoi suggelli per questo non si distrugge totalmente la pruova, ma diviene soltanto incompiuta (5). Se non si può avere alcuno attestato giudiziario, o alcuna testimonianza dei testimoni intervenuti al testamento, allora sono ammessi altri mezzi di pruova (6). I medesimi principii debbono in generale applicarsi anche allorchè 2) l'atto di ultima volontà non esista più, imperocchè per questo non si toglie la validità del medesimo (7), ma per questo caso non si trova alcuna speciale disposizione intorno alla pruova.

(*) *Gluck* opusc. fasc. I. n. 1.; *Faber* de error. pragmat. LXVII. 1-7.

(1) V. § 75. Nota 7. e L. 47. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 20. C. *de testam.* (6. 23.)

(2) Gell. XV. 13.

(3) L. 4-7. D. *testam. quemadm. aper.* (29. 3.). Non si oppongono L. ult. C. *de edicto divi Hadr. toll.* (6. 33.) L. 32. C. *de fideicomm.* (6. 42.). Di altra opinione è *Gluck* l. c.

(4) L. 12. D. *de testib.* (22. 5.)

(5) L. 1. § 2. D. *test. quemadm. aper.* (29. 3.)

(6) Nov. 73. c. 7.

(7) V. § 326. Nota 49.

Soltanto, siccome qui non ha luogo la produzione del testamento, così il contenuto deve sempre per altra via venir dimostrato (8).

2.° Per le disposizioni fatte a voce non si può immaginare altro genere di pruova, che l'esame dei testimoni o il deferimento del giuramento (9). Nondimeno non si vede alcuna ragione per limitare la pruova testimoniale esclusivamente ai testimoni intervenuti nel testamento, allorchè questi per avventura non si trovino più, ma oltre di essi anche altri sieno stati presenti all'atto del testare; solamente, nel così detto *fideicommissum heredi praesenti injunctum* è vietato anche di udir per testimoni queste tali persone, giacchè qui la pruova si dee fare soltanto mediante il deferimento del giuramento (10).

3) Interpetrazione.

§ 329. Una cosa importante nell'esecuzione delle disposizioni di ultima volontà è l' interpetrazione delle medesime, sulla quale in caso di contestazione il giudice dee decidere (1). Su tal materia è stabilito come regola il principio: *ultimae voluntates benigne interpetrandae sunt*, cioè si dee procedere con indulgenza, il più che si può, quando una stretta interpetrazione letterale menerebbe l' invalidità della disposizione, o presenterebbe un senso che si opporrebbe all' intenzione del testatore (2). Da questo principio dipende che la manifesta volontà del testatore non solo prevale allorchè le parole hanno un doppio senso (3), o contengono una contradizione (4), ma è preferita eziandio

(8) Forse mediante l' esame del magistrato, o dei testimoni testamentarii, quando il testatore ha letto in loro presenza la disposizione di sua volontà, o mediante l' esame di terze persone, alle quali il testatore ha comunicato il contenuto del suo testamento, o mediante la produzione delle copie esistenti etc.

(9) Un così detto *testamentum nuncupativum in scripturam redactum*, quando i testimoni l' hanno scritto per se medesimi separatamente o in comune, come una semplice scrittura privata non può provar nulla, e la stessa dichiarazione lasciata dal morto, che egli abbia testato in presenza dei testimoni, e abbia disposto la tal cosa in loro presenza, non può sostituire il formale testamento.

(10) L. 32. C. *de fideicomm.* (6. 42.) V. § 321. Nota 6.

(1) L. 7. C. *de fideicomm.* (6. 42.)

(2) L. 12. § 2. L. 22. pr. D. *de usu et hab.* (7. 8.) L. 16. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 11. § 1. L. 24. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 19. pr. L. 101. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 33. D. *de auro leg.* (34. 2.) L. 12. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 7. C. *de testam.* (6. 23.) L. 3. C. *de lib. praeter.* (6. 28.) Nov. 1. c. 1. § 4.

(3) L. 22. L. 25. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 33. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 11. D. *de jure delib.* (28. 8.) L. 18. § 3. D. *de instr. leg.* (33. 7.)

(4) L. 12. § 3. D. *de legat.* I. (30) L. 22. pr. D. *de legat.* III. (32.) L. 88. pr. § 1. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

alle parole chiare (5), allorchè per inavvedutezza si è detta una cosa diversa da ciò che il testatore intendeva dire (6), o allorchè sonosi adoperati falsi nomi e false dimostrazioni (7). Soltanto 1) si richiede che la volontà effettiva sia certa (8), e però A. bisogna prender le mosse da disposizioni chiare e non già da semplici ragioni di verisimiglianza (9), B. le disposizioni pienamente oscure e contradittorie son caduche, senza che vi si possa per espediente attribuire un senso (10), e C. le disposizioni, che presentano due sensi, nelle quali s'ignora assolutamente il pensiero del testatore, debbono del pari restar prive di esecuzione (11). Inoltre 2) l' indulgenza non deve estendersi tant'oltre, che si suppliscano delle disposizioni avute soltanto in mente ma non espresse, neppur quando per errore o per equivoco siasi posta in loro vece qualche cosa diversa nella disposizione di ultima volontà, nel qual caso piuttosto non dee valere nè quel che si è detto nè quel che si è avuto in pensiere (12). Allato a questi principi generali s'incontrano eziandio parecchie altre regole d'interpetrazione, le quali si riferiscono soltanto a certe disposizioni, e che per tal ragione parte nel trattar delle medesime si sono già osservate, e parte sono ancora da indicare (13). Nel resto valgono anche qui i principi ordinari sull'interpetrazione degli atti giuridici, segnatamente 1) che nella dichiarazione delle espressioni

(5) L. 69. pr. D. *de legat.* III. (32.)

(6) L. 9. § 2-7. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 15. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 7. C. *de testam.* (6. 23.)

(7) § 29. 30. J. *de legat.* (2. 20.) L. 4. L. 108. § 10. D. *de legat.* I. (30.) L. 17. L. 33. pr. § 1. 2. L. 34. L. 40. § 4. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 4. C. *de testam.* (6. 23.)

(8) L. 69. pr. D. *de legat.* III. (32.) « Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem ». L. 4. C. *de testam.* (6. 23.)

(9) L. 25. § 1. D. *de legat.* III. (32.) « Cum in verbis nulla ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio ».

(10) L. 188. pr. D. *de R. J.* (50. 17.) L. un. D. *si tab. test. ext.* (37. 2.) L. 27. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 2. D. *de his quae pro non script.* (34. 8.) L. 5. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 16. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

(11) L. 62. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 3. § 7. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 28. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 27. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 31. D. *de nonum test.* (40. 4.) Fragm. Vat. § 227. Non si oppone L. 21. pr. D. *de reb. dub.* (34. 5.) V. § 326. Nota 31.

(12) L. 9. pr. § 1. 5. 6. D. *de her. inst.* (28. 5) L. 4. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 7. § 2. D. *de suppell. leg.* (33. 10.) L. 3. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 8. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(13) Veggasi p. es. il § 313. Nota 6-11.

usate bisogna por mente all'uso di parlare del testatore, del luogo, e del tempo, allorchè siavi un uso di tal fatta (14), 2) che una disposizione posteriore, che sta in opposizione con una precedente, si vuol preferire a questa, purchè non sia evidente che la disposizione posteriore non sia affatto proceduta da un cambiamento di volontà (15), 3) che per le somme e quantità dubbiose milita la presunzione per la quantità minore (16), e 4) che allorchè ha luogo una ambiguità di tal fatta che si debba scegliere tra un senso ragionevole e valido o un senso sciocco ed inammessibile, il primo deve ammettersi come il senso voluto dal testatore (17).

4) Esecutori testamentari. (*)

§ 330. In generale è lasciato ad ognuno di vegliare egli stesso affinchè ottenga ciò che secondo una disposizione di ultima volontà gli appartiene, e di far valere per questo rapporto il suo dritto contro coloro che vogliono torgli o non consegnare qualche cosa; ma per eccezione può anche essere imposto ad altri di provvedere all' esecuzione delle ultime volontà.

1.° Ciò avviene per volontà del testatore 1) allorchè per modo di convenzione mediante un mandato egli ha incaricato alcuno di aver cura di qualche cosa dopo la sua morte, il che per verità non è permesso nè efficace che in una estensione molto ristretta (1); 2) allorchè nello stesso atto di ultima volontà si è nominato alcuno ad oggetto di riceversi un legato per impiegarlo conformemente al suo scopo (2), e questi

(14) L. 35. § 3. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 50. § 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 75. L. 99. pr. D. *de legat.* III. (32.) L. 18. § 3. D. *de instr. leg.* (33. 7.) L. 34. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 2. C. *de verb. sign.* (6. 38.)

(15) L. 12. § 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 22. pr. D. *de legat.* III. (32.) L. 4. L. 17. L. 28. D. *de adim. legat.* (34. 4.). Una eccezione si contiene nelle L. 35. L. 87-90. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 1. D. *de man. test.* (40. 4.) V. § 313. Nota 9.

(16) L. 14. § 1. L. 39. § 6. D. *de legat.* I. (30.) L. 43. § 3. D. *de legat.* II. (31.) L. 29. § 1. L. 75. D. *de legat.* III. (32.) L. 9. L. 34. D. *de R. J.* (50. 17.). Secondo la L. 29. § 1. D. *de legat.* III. (32.) pare che l'autorità di Labeone fu la prima che indusse a riconoscere generalmente questo principio.

(17) L. 13. L. 22. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 67. D. *de R. J.* (50. 17.) Confr. L. 16. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(*) *Scholz* Intorno gli esecutori testamentarii Altenburg. 1841. 8.

(1) V. § 263. Nota 71-74.

(2) L. 96. § 3. L. 107. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 17. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 3. L. 8. L. 9. pr. L. 10. pr. D. *de alim. legat.* (34. 1.) L. 7. D. *si cui plus quam*

allora vien detto *dispensator legati* o *minister* (3), e può agire contro il gravato per la consegna del legato, come pure per la prestazione della *cautio legatorum servandorum causa* allorchè il legato è condizionale o a termine (4), in quanto non gli debba essere affidata l' intera eredità (5); anzi secondo un Rescritto di Antonino Pio allorchè egli è uno degli eredi (nel qual caso se viene a morire, la sua funzione passa a'suoi eredi) può anche trattenere per sè ciò che rimane del legato dopo l'adempimento dello scopo (6), ma dee prestar cauzione al gravato per l'esatto adempimento del legato, giacchè l' onorato può anche direttamente rivolgersi contro costui (7); 3) allorchè sono stati nominati degli eredi, ai quali il testatore ha vietato la deduzione della quarta falcidia, siccome può avvenire secondo una disposizione di Giustiniano (8), per la quale è divenuto possibile che si nomini un erede pel solo scopo di regolare il patrimonio e quindi spenderlo tutto in legati; ma per costoro, siccome essi valgono tuttavia come veri eredi, non han luogo tutte quelle incertezze intorno ai loro dritti e alle loro obbligazioni, le quali riguardo agli attuali esecutori testamentarii generali s' incontrano così nella pratica come nella teoria.

2.° Oltre a ciò sonovi ancora dei casi, nei quali anche senza una disposizione del testatore a ciò relativa alcuno dee prender cura delle disposizioni di ultima volontà: 1) Siccome si è di già osservato gli eredi hanno il dritto di vegliare all'osservanza del *modus* imposto ad un coerede o legatario (9); 2) pei legati, ai quali più persone debbono ripetutamente contribuire, il giudice del testatore può nominare qualcuno il quale esigga e spenda ciò che si è contribuito (10); e 3) allorchè si è disposto in favore dei poveri o dei prigioni di un luogo, ed il testatore non ha nominato alcun *dispensator*, compete al Vescovo del luogo la facoltà di esigere e dispensare il legato (11).

per leg. Falc. (35. 3.) L. 78. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 28. § 1. 3. C. *de episc.* (1. 3.) Nov. 131. c. 11. *Cujacius* tract. ad Africanum, tract. II. ad leg. 107. D. *de legat.* I. (30.)

(3) L. 17. pr. D. *de legat.* II. (31.) Nov. Martiani tit. V. *de testam. clericorum* § 1.

(4) L. 96. § 3. D. *de legat.* II. (30.) L. 9. pr. D. *de alim. legat.* (34. 1.)

(5) L. 78. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 9. pr. D. *de alim. leg.* (31. 1.)

(6) L. 8. D. *eod.* L. 7. D. *si cui plus quam per leg. Falc.* (35. 3.) Confr. L. 17. pr. D. *de legat.* II. (31.)

(7) L. 107. D. *de legat.* I. (30.) L. 78. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(8) Nov. 1. c. 2. § 2. V. § 311. Nota 36. Confr. anche L. 49. § 4. C. *de episcopis* (1. 3.)

(9) V. § 314.

(10) L. 3. D. *de alim. legat.* (34. 1.)

(11) L. 28. L. 49. C. *de episcopis* (1. 3) Nov. 131. c. 11.

CAPITOLO III.

DELLA SUCCESSIONE TESTAMENTARIA.

I. Istituzione di erede in generale.

§ 331. L' istituzione di erede, sulla quale è fondata la successione testamentaria, e nella quale sta l'essenza di un testamento, per la qual ragione, secondo il dritto antico, si richiedeva che assolutamente stesse innanzi a tutte le altre disposizioni (1), si divide: 1) in istituzione necessaria e volontaria, secondo che siano istituiti eredi legittimarii, che non si possono arbitrariamente trasandare, ovvero altre persone, e 2) in istituzione diretta, *institutio heredis directi* s. *primi gradus*, ed in sostituzione. Quella è la nomina dell' erede che deve succedere immediatamente al testatore; questa è la nomina di coloro che debbon subentrare in luogo di un altro, il che può incontrare in varie guise, e però si possono distinguere varie specie di sostituzioni. In tutti i casi le condizioni sospensive son certamente ammesse (2), sebbene per l'istituzione di eredi legittimarii si ammettano soltanto quelle che son potestative per l'erede nominato (3); ma le condizioni risolutive, e le determinazioni di tempo sono al tutto escluse (4). Se sieno stati istituiti più eredi, allora occorre di determinare le loro parti, le quali possono essere interamente disuguali. Or 1) se il testatore non ha indicato alcuna parte, allora ciascuno ottiene una porzione virile, *portio virilis*, cioè tutti ricevono una porzione eguale (5), eccetto allorchè alcune persone sono state congiunte insieme dal testatore, *conjuncti*; imperocchè queste allora si ritengono in certo modo come una sola persona, e tutte insieme non ricevono che una sola parte (6). Ma una congiunzione di tal fatta viene ammessa non solo allorchè A. il testatore per rispetto ad alcuni abbia dichiarato espressamente che debbono

(1) V. § 315. Nota 4.

(2) § 9. 11. D. *de her. inst.* (2. 14.) L. 27. § 1. 2. D. *eod.* (28. 5.) L. 5. L. 17. D. *de cond. inst.* (28. 7.) Confr. § 313. Nota 9. e 10.

(3) V. § 313. Nota 52. e 53.

(4) V. § 318. Note 54 57. § 314. Nota 1-4.

(5) L. 9. § 12. D. *de her. inst.* (28. 5.) § 6. J. *eod.* (2. 14.). Ciò vale anche allorchè più persone sono istituite alternativamente L. 4. C. *de V. S.* (6. 38.) V. § 316. Nota 15.

(6) L. 15. pr. L. 17. § 1. 2. L. 20. § 2. L. 59. § 2. 3. L. 63. D. *eod.*

tutt' insieme esser computati per una sola persona o che non debbano ottenere se non una sola parte, nel qual caso essi son chiamati semplicemente *re conjuncti*, ma anche B. allorchè alcuni degli eredi sien compresi in una sola proposizione ovvero sotto un solo numero, nel qual caso son detti *re et verbis conjuncti* (7), presupposto che nell'ultimo caso una contraria intenzione del testatore non sia stata espressa (8), o almeno non risulti manifestamente dalle circostanze (9), giacchè una semplice *verbis conjunctio* per la congiunzione di più in una sola proposizione, senza la intenzione di esprimere con ciò la loro congiunzione anche per rispetto alla parte ereditaria, non è da tenersi in conto (10). 2) Se per ciascuno erede siasi indicata la quota che egli debba conseguire, allora la divisione si dovrà fare secondo questa disposizione, e se le quote non corrispondono all' unità che si vuol distribuire, allora devesi a ciascuno proporzionatamente aggiungere o togliere qualche cosa (11), il che solo pei soldati patisce eccezione in questo, che costoro possono validamente testare anche sopra una semplice parte del loro patrimonio, e però allorchè essi abbiano istituiti degli eredi in parti che non esauriscono tutto il patrimonio, ciò che rimane ricade agli eredi *ab intestato* (12). 3) Allorchè insieme con gli eredi istituiti in parti determinate sieno nominati degli altri senza indicazione di parti, e A. quelle parti non esauriscono l'intera eredità, gli altri ottengono sempre ciò che rimane; e questo dividesi fra loro in quel modo medesimo che si fa la divisione allorchè nulla si è detto intorno alle parti; ma B. se quelle parti esauriscono o oltrepassano l'ammontare del patrimonio, allora si vuol distinguere se gli eredi, pei quali il testatore non ha indicato alcuna parte, sieno stati istituiti solo pel rimanente, ovvero in modo assoluto, giacchè essi nel primo caso non ricevono nulla, se pure pel mancare degli eredi con parti determinate non sia per avventura rimasta qualche cosa, ma nel se-

(7) L. 142. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 59. § 2. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(8) Come se si dicesse: istituisco erede 1) il figliuolo del mio premorto fratello Cajo, 2) i tre figliuoli del mio premorto fratello Tizio, e tutti e quattro debbono aver porzioni eguali L. 13. pr. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(9) Così segnatamente allorchè soltanto l'erede nominato in ultimo luogo è congiunto col penultimo mediante la congiunzione « e » L. 66. D. *de her. inst.* (28, 5.)

(10) L. 66. D. cit. L. 142. D. *de V. S.* (50. 16.)

(11) § 7. J. *de her. inst.* (2. 14.) L. 13. § 1-4. D. *eod.* (28. 5.)

(12) L. 6. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 2. C. *eod.* (6. 21.) L. 19. § 2. D. *de castr. pecul.* (49, 17.)

condo caso si deve sempre lasciar loro un residuo, facendo, secondo che è necessario, un *dupondium*, o un *tripondium*, o un *quadrupondium*, vale a dire riducendo le porzioni indicate dal testatore alla metà, o al terzo, o anche al quarto (13). 4) E da ultimo se sieno istituiti degli eredi per cose o somme determinate, *heredes ex re certa* s. *ex parte quanta*, allora questi A. se si trovano con altri istituiti in parti determinate, o senza indicazione di parti, si ritengono come semplici legatarii, ai quali gli altri eredi non debbono dare che le cose o le somme determinate; ma al contrario B. allorchè non son nominati altri eredi, o allorchè questi per qualsivoglia ragione vengono a mancare, essi divengono al tutto eredi, e per tal modo, che ciascuno preleva per anteparte le cose o le somme a lui attribuite, ma il rimanente poi si divide in quel modo medesimo che si osserva quando nulla si è detto intorno alla divisione (14). Solo pei soldati ciò patisce anche una eccezione, imperocchè anche qui vengono innanzi gli eredi *ab intestato* (15). Se il testatore abbia più volte ripetuto l'istituzione di un erede, senza ripeter quella di un altro, ciò è indifferente (16). Se i discendenti del testatore istituiti abbiano da lui ricevuto ciascuno una *dos* o *donatio propter nuptias*, ma questa per alcuni a cagione dello scioglimento del matrimonio sia già ritornata al testatore, mentre gli altri conservano tuttavia la loro, allora quelli, secondo la disposizione di Giustiniano, debbono nella divisione avere anche per anteparte la *dos* o *donatio propter nuptias* che fu loro assegnata (17). Se si trovino più testamenti contemporaneamente formati, tutti si debbono riguardare come un solo testamento, e però gli eredi in essi istituiti concorrono insieme, e debbono divider tra loro l'eredità non altrimenti che più eredi nominati nello stesso testamento (18). Un caso d'istituzione di erede che per più riguardi si distingue è quando un testatore insolvibile istituisce ad erede uno dei suoi schiavi, affinchè il

(13) § 6. 8. J. *de her. inst.* (2. 14.) L. 17. § 3-5. L. 18. L. 77. D. *eod.* L. 23. pr. C. *de legat.* (6. 37.)

(14) L. 1. § 4. L. 10. L. 35. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 41. § 8. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.) L. 13. C. *de her. inst.* (6. 24.) L. 1. Cod. Greg. *fam. herc.* (3, 4.). Secondo la Nov. 115. c. 5. pr. basta anche una *institutio ex re certa* per escludere l'impugnazione del testamento.

(15) L. 6. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(16) L. 23. § 1. C. *de legatis* (6. 37.)

(17) L. 12. C. *commun. utriusque judic.* (3. 38.). Dopo l'estensione del dovere della collazione alla successione testamentaria nella Nov. 18. c. 6. vien meno questo principio allorchè gli altri figliuoli conferiscono la loro *dos* o *donatio propter nuptias*.

(18) L. 1. § 6. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.)

disonore del concorso dei creditori ricada sopra costui (19). Ma secondo la *lex Aelia Sentia* non può per questo modo sottrarsi ai creditori che un solo schiavo (20).

II. Sostituzione.

1) *Sostituzione volgare.*

§ 332. Dopo che il *Sctum Trebellianum* ebbe prescritto che il fedecommessario universale si dovesse riguardare come erede; e quindi che il medesimo, in quanto succede, subentrasse nel luogo dell'erede fiduciario, in ogni fedecommesso universale si contiene una sostituzione, e però innumerevoli volte in questo rapporto si parla di *substituere* e *substitutio*. Non per tanto i particolari intorno a ciò son da riserbarsi alla teorica dei fedecommessi. Fra le altre specie di sostituzione quella che più di frequente s' incontra è la *substitutio vulgaris* s. *in primum casum*, la quale è anche la più antica, e consiste in ciò, che il testatore, pel caso che un erede direttamente istituito non acquisti la successione, ne nomina un altro che debba entrare nel suo luogo, un *substitutus* s. *heres secundi gradus* (1), e quì possono anche sostituirsi più persone una dopo l'altra, *substituti secundi*, *tertii*, *quarti* etc. *gradus* s. *heredes tertii*, *quarti*, *quinti* etc. *gradus*, dei quali il più lontano succede nello stesso modo al mancare del più prossimo (2), come pure è in libertà del testatore di sostituire più persone insieme come coeredi, o, se sono istituiti più eredi, nominare un medesimo sostituto per tutti o per ciascuno un diverso sostituto, ovvero ordinare una reciproca sostituzione dei coeredi fra loro *substitutio mutua* s. *reciproca* (3). Anche la sostituzione come una istituzione di erede dev'esser fatta in un testamento, nondimeno non si può oppor nulla in contrario se siasi fatta in un testamento speciale aggiunto a quello che contiene l' istituzione diretta di erede (4). Per regola subentra il sostituto, in qua-

(19) Pr. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 7. § 10. D. *de minor.* (4. 4.) L. 30. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 27. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(20) L. 42. L. 43. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(1) Pr J. *de vulg. subst.* (2. 15.) L. 1. pr. D. *eod.* (28. 6.)

(2) Pr. J. cit. L. 30. D. *eod.*

(3) § 1. 3. J. *eod.* L. 23. L. 36. § 1. D. *eod.* L. 64. D. *de legat.* II. (31.)

(4) L. 1. § 6. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.). Qui trattasi assolutamente soltanto di testamenti contemporanei; nondimeno anche la sostituzione in un testamento posteriore sarebbe da tenersi valida, allorchè in questo non si contenesse alcuna instituzione diret-

lunque guisa sia mancato l'erede nominato; ma il testatore può eziandio limitare la sostituzione a certe determinate specie di mancanza di erede, ovvero subordinarla a speciali condizioni (5), e nella sostituzione reciproca dei coeredi s' intende anche di per sè la condizione che chi vuole entrar come sostituto nel posto di un altro debba anche aver acquistato la sua propria parte ereditaria (6). Per contrario le condizioni imposte agli eredi diretti non valgono pei sostituti, se non sono state anche ad essi espressamente estese (7). Se sieno sostituite più persone una dopo l'altra, allora naturalmente il sostituto più rimoto non può venire alla successione, se non quando oltre all' erede diretto sieno mancati eziandio i sostituti più prossimi; ma è indifferente in qual tempo costoro siano mancati, se prima o dopo dell' erede diretto (8). Finchè la successione è incerta, il sostituto non ha alcun dritto rispetto all'eredità, salvo allorchè un erede nominato sotto condizione, prima che questa si avveri, si faccia dare la *bonorum possessio secundum Tabulas*, nel qual caso il sostituto può pretendere da lui una cauzione (9), e se l'erede diretto o un sostituto più prossimo acquista l'eredità, la sostituzione si estingue (10), senza poter rivivere, se quegli ottenga la restituzione contro l'accettazione (11). Soltanto nel caso che un testatore abbia istituito uno schiavo altrui pensandosi che il medesimo fosse libero, e gli abbia sostituito un'altro, quest'ultimo per una singolare disposizione di Tiberio anche in concorrenza con lo schiavo deve ottenere la metà (12); ed ancora uno schiavo del testatore sostituito come *necessarius heres* deve subentrare eziandio nel caso che l' erede diretto si faccia restituire contro l' accettazio-

ta di erede, imperocchè allora il secondo testamento non verrebbe in collisione col primo.

(5) L. 8. C. *de her. inst.* (6. 24.) L. 4. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)

(6) L. 23. L. 45. § 1. D. *de vulg. subst.* (28. 6.)

(7) L. 73. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(8) § 3. J. *de vulg. subst.* (2. 15.) L. 27. L. 41. pr. D. *eod.* (28. 6.). Ciò si esprime benissimo colla frase: » substitutus substituto censetur et substitutus instituto ».

(9) L. 12. D. *qui satisdare cog.* (2. 8.) L. 8. pr. D. *de stipul. praetor.* (46. 5.) V. § 303. Nota 16. e 17.

(10) L. 5. C. *de impub. et al. substit.* (6. 26.). Intorno ad una eccezione del tempo dell' antica *cretio* veggasi § 301. Nota 24.

(11) L. 7. § 10. D. *de minor.* (4. 4.) L. 2. D. *de success. ed.* (38. 9.)

(12) § 4. J. *de vulg. subst.* (2. 15.) L. 40. L. 41. D. *de her. inst.* (28. 5.). Questa disposizione storicamente è notabile per questo, che essa sola sopravvisse all'abolizione di tutte le costituzioni di Tiberio seguita per effettò della condanna che il Senato fece della memoria di lui, ed ultimamente è divenuta anche notabile per le conseguenze che da essa si son volute dedurre. Veggasi § 313. Nota 7.

ne (13). Ma se i sostituti vengono alla successione, allora sono in tutto eguali agli eredi direttamente istituiti, e più persone sostituite insieme si dividono anche nella stessa guisa l'eredità, colla sola eccezione che i coeredi reciprocamente sostituiti, se altra divisione non sia stata prescritta, non ricevono porzioni eguali, ma succedono nella porzione vacante secondo la misura della loro quota ereditaria (14); salvo che non come coeredi, ma prescindendo da questa qualità fossero stati chiamati per nome alla sostituzione (15). Per effetto di una costituzione di Settimio Severo i sostituti debbono addossarsi anche i legati ed altri pesi imposti agli eredi diretti, se il testatore non abbia imposto ad essi degli altri pesi, nel qual caso si presume che abbia avuta una intenzione opposta (16).

2) Sostituzione pupillare (*).

§ 333. Siccome la possibilità di far testamento contiene una incertezza sopra i futuri eredi di una persona tuttora vivente, per la quale incertezza viene scemata la tentazione di tor la vita ad alcuno per impadronirsi della sua eredità, perciocchè niuno può sapere con certezza se un tale delitto gli gioverà all' acquisto della successione, come avverrebbe se avesse luogo soltanto una successione *ab intestato* (1), e d'altra parte gl' impuberi non possono far testamento (2), così per consuetudine fu conceduto al padre di un impubere di nominargli l' erede pel caso che morisse dopo di lui durante l'età pupillare, e questa appellasi *substitutio pupillaris*, s. *in secundum casum* (3), la quale non ha ricevuto il nome di *substitutio* se non perchè per regola il pupillo è nel tempo istesso istituito erede del padre, e di rado ha oltre l'eredità paterna qualche altro importante patrimonio, cosicchè nella sostituzione pupillare, avuto riguardo all'effetto, per lo più non si contiene che la disposizione che determina chi alla morte del pupillo debba in sua vece subentrare nell'eredità paterna. La sostituzione pupillare è ammessa per tutti i discendenti naturali o adottivi, maschi o fe-

(13) L. 7. § 10. D. *de minor.* (4. 4.)
(14) § 2. J. *de vulg. subst.* (2. 15.) L. 24. L. 41. § 1. 4. 5. D. *eod.* (28. 6.)
(15) Arg. leg. 124. D. *de legat.* I. (30.) leg. 21. D, *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(16) L. 74. D. *de legat.* I. (30.) L. 61. § 1. D. *de legat.* II, (31.) L. 4. C. *ad Sct. Treb.* (4. 49.)
(*) *Madihn* Vicissitudines substitut. impuberum. Halae 1769. 4.
(1) § 3. J. *de pupill. subst.* (2. 16.) L. 7. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)
(2) V. § 317. n. III.
(3) Pr. J. *eod.* L. 2. pr. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

mine, figli o nipoti, ed anche postumi (4); ma è necessario 1) che il testatore sul figliuolo a cui vuol nominare un erede abbia o avrebbe, se di già fosse nato, la patria potestà (5), 2) che il figliuolo per la morte del testatore divenga *sui juris*, per la qual ragione la sostituzione in quanto ai nipoti presuppone che il figliuolo, dal quale son nati, sia morto o uscito dalla famiglia (6), e 3) che il testatore faccia anche testamento sul suo proprio patrimonio (7), ma è indifferente se la sostituzione si faccia nel medesimo o in un altro speciale testamento, *in secundis Tabulis* (8), il quale però non si ritiene che come una parte del testamento paterno, e quindi allorchè questo è, o diviene invalido, cade parimente con esso (9). Nel resto il padre ha piena libertà; imperocchè egli può nominare un sostituto pupillare anche ad un figliuolo diseredato (10), se non che in questo caso non può imporgli alcun legato (11), come altrimenti potrebbe (12), e non è tenuto ad aver riguardo agli eredi legittimarii del pupillo (13). Inoltre è sufficiente che il sostituto sia capace di ereditare dal pupillo, sebbene non potesse ereditare dal testatore medesimo, salvo se il patrimonio del pupillo provenga precisamente dal testatore (14). Di più sta nell'arbitrio del testatore allorchè ha più figliuoli impuberi, di fare una sostituzione pupillare per tutti o per alcuni di essi, e nel primo caso dare a tutti il medesimo sostituto, ovvero a ciascuno un diverso sostituto (15). Finalmente dipende anche dalla sua volontà nominare un

(4) L. 2. pr. L. 41. § 2. D. *eod.*
(5) L. 2. pr. D. *eod.*
(6) L. 2. pr. L. 41. § 2. D. *eod.*
(7) L. 1. § 3. L. 2. § 1. 4. 5. D. *eod.*
(8) § 2. 3. 5. J. *eod.* L. 20. pr. § 1. D. *eod.*
(9) § 5. J. *eod.* L. 2. pr, § 1. L. 44. D. *eod.* L. 11. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 10. L. 11. D. *de captiv.* (49. 15.). Una eccezione si contiene nella L. 34. § 2. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.) e Nov. 115. c. 3. in fine V. § 350. Nota 41. § 351. Nota 12.
(10) § 4. J. *eod.* L. 1. § 2. L. 10. § 5. D. *eod.*; Ulp. XXIII. 8. Non si oppone L. 26. C. *de inoff. test.* (3. 28.)
(11) L. 41. § 3. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 87. § 7. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)
(12) L. 12. L. 34. § 2. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)
(13) L. 8. § 5. D. *de inoff. test.* (5. 2.). Di altra opinione è *Zimmern* Ricerche sul dritto Romano. Heidelb. 1821. p. 83. seg., ma veggasi in contrario *Thibaut* nell'Arch. per la prat. civ. vol. V. p. 345. seg.
(14) L. 6. L. 11. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)
(15) § 6. J. *de pup. subst.* (2. 16.) L. 2. § 7. L. 37. D. *eod.* L. 10. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)

solo o più sostituti congiuntamente (16), ovvero sostituire più persone una dopo l'altra, nel che si contiene nel tempo stesso una sostituzione volgare (17), ovvero limitare la sostituzione ad un periodo di tempo più breve dell'impubertà, cosicchè il sostituto pupillare subentri soltanto allorchè il pupillo muoja prima di una determinata età (18). Si estende anche di più la libertà dei soldati, giacchè costoro anche senza fare il proprio testamento possono procedere alla sostituzione pupillare, anzi possono anche nominare un erede ai figliuoli impuberi emancipati per rapporto al patrimonio ad essi lasciato, e limitare eziandio la sostituzione ad una parte dei beni del pupillo (19). L'effetto di una sostituzione pupillare valida è, che in quanto il pupillo muoja prima di giungere alla pubertà o, se fu determinato un termine più breve, avanti che questo sia decorso (prima del qual tempo non si può aprire il testamento pupillare) (20), il sostituto gli succede senza riguardo all'origine del patrimonio, ed esclude pienamente gli eredi *ab intestato* (21). Nondimeno se alcuno sia stato sostituito a più figli impuberi insieme, vien preferito il loro dritto reciproco di succedersi *ab intestato* come germani, e però in tal caso il sostituto non subentra se non dopo la morte dell'ultimo figliuolo, sebbene su di ciò prima di Giustiniano vi fosse stata controversia (22), ed allorchè il sostituto è nominato nel medesimo tempo erede del padre, è necessario ancora che egli non abbia rinunziata l'eredità paterna (23), mentre al contrario il non acquisto della eredità paterna per altre cagioni non esclude dall'eredità del figliuolo (24), nè questa debb'esser restituita se il sostituto si

(16) § 7. J. *eod.*

(17) L. 13. D. *eod.* L. 87. § 7. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.). Non si oppone L. 47. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

(18) L. 21. L. 43. § 1. D. *eod.* Naturalmente non si può estendere la sostituzione al di là della impubertà § 9. J. *eod.* L. 14. L. 47. D. *eod.* L. 2. L. 8. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)

(19) L. 41. § 4. 5. D: *de test. mil.* (29. 1.) L. 10. § 5. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.). Se altri hanno avvisato che il soldato secondo la L. 8. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.) potesse estendere la sostituzione pupillare anche al di là della impubertà, ciò è un evidente malinteso.

(20) § 3. J. *de pup. subst.* (2. 16.) L. 8. D. *test. quemadm. aper.* (29. 3.)

(21) § 4. J. *de pup. subst.* (2. 16.) L. 6. L. 11. D. *eod.* L. 7. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)

(22) L. 10. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)

(23) L. 3. L. 10. § 3. L. 34. § 1. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.) § 7. J. *de pup. subst.* (2. 16.). Ma l'accettazione dell'eredità paterna obbliga anche ad accettare l'eredità del figliuolo L. 59. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(24) L. 11. L. 34. § 2. L. 43. § 3. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.). Non si op-

faccia restituire contro l'accettazione dell' eredità paterna (25). Se vi sono più sostituti pupillari, questi procedono alla divisione secondo le ordinarie regole. Soltanto, allorchè più eredi paterni son nominati sostituti pupillari, nel dubbio viene ammesso che la divisione prescritta per la successione del padre debba valere eziandio per la sostituzione (26). I sostituti pupillari nel modo medesimo che gli altri eredi debbono adempiere i legati od altri pesi, ed anche quelli che furono imposti al pupillo (27). Ma se il pupillo sia giunto alla pubertà, o sopravviva al termine stabilito per la sostituzione, questa si estingue per sempre (28), e lo stesso è allorchè il medesimo prima della morte del testatore sia morto o uscito dalla sua potestà (29), e allorchè il sostituto abbia rinunziato all' eredità del padre (30), o allorchè il testamento paterno sia divenuto invalido (31).

3) Congiunzione tacita della sostituzione volgare e pupillare (*).

§ 334. Dalla natura delle due specie di sostituzione innanzi spiegate spontaneamente risulta che, quando un padre istituisce eredi i suoi figliuoli impuberi, è possibile una *substitutio duplex* s. *in utrumque casum*, imperocchè il testatore può nominare alcuno, il quale non solamente, se il figliuolo non divenga erede, debba subentrare come sostituto volgare nel suo luogo, ma eziandio se il figliuolo muoja impubere dopo di lui, debba succedere al medesimo come sostituito pupillare (1), ed il costume dei Romani di ordinare, se n'era il caso, una siffatta duplice sostituzione menò alla disposizione di Marco Aurelio e Lucio Vero, che quando possono aver luogo le due specie di sostituzione, cioè nella istituzione di figliuoli impuberi del testatore, l'ordinamento di una specie di sostituzione contenga eziandio l'altra, come se questa fosse

pone il § 7. J. *de pup. subst.* (2. 16.) il quale parla in generale nelle parole: « qui et scripti sunt heredes et extiterunt ».

(25) L. 12. D. *eod.*

(26) § 7. J. *eod.* L. 11. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)

(27) L. 12. L. 34. § 2. D. *eod.* L. 11. § 5. 7. L. 31. L. 79. L. 60. pr. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 11. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Confr. Nota 11.

(28) § 8. J. *eod.* L. 14. L. 21. D. *eod.*

(29) L. 17. § 1. D. *de adopt.* (1. 8.) L. 41. § 2. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

(30) V. Nota 23-25.

(31) V. Nota 9.

(*) *Schweizer* Prog. de subst. vulg. tacita. Jenae 1814. 4.

(1) Pr. J. *de pup. subst.* (2. 16.) L. 1. § 1. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

stata dimenticata dal testatore (2), il che per altro Antonino Pio avea precedentemente di già prescritto pel caso che i figliuoli impuberi istituiti fossero stati reciprocamente sostituiti fra loro (3). Nondimeno si fa eccezione: 1) allorchè il testatore abbia dichiarata una intenzione contraria (4); 2) allorchè insieme col figliuolo impubere sia stato istituito anche un altro erede, e per amendue sia stato nominato un sostituto volgare comune, imperocchè in tal caso costui non potrebbe essere nel tempo stesso sostituto pupillare che per un solo erede (5); 3) allorchè il figliuolo impubere ed altri eredi insieme istituiti sieno stati reciprocamente sostituiti fra loro, perchè qui del pari la doppia sostituzione non sarebbe possibile che da un solo lato (6); 4) allorchè sia stato nominato un sostituto volgare pel figliuolo impubere, ma insiem con costui sia stata istituita anche la madre, nel qual caso Giustiniano, per favorire il dritto ereditario *ab intestato* della madre, escluse la presunzione della sostituzione pupillare (7), e 5) allorchè il testatore sia un soldato, imperocchè allora tutte le disposizioni debbono esser prese alla lettera (8).

4) *Substitutio exemplaris.* (*)

§ 335. Affinchè anche per le altre persone, le quali del pari che gl'impuberi sono per cagioni fisiche inabili a testare da sè, potesse mediante il testamento mantenersi un'incertezza intorno all'erede, il padre di tali persone può a sua richiesta ottenere il privilegio di fare in loro vece un testamento, e di nominar loro un erede, ma in ciò non si trova che il padre abbia anche il dritto di trasandare gli eredi legittimarii di colui pel quale fa il testamento. Un cosiffatto testamento paterno per verità non cade di per sè stesso per la circostanza che colui, pel quale egli ha fatto testamento, posteriormente ricuperi la capacità di testare, o esca dalla potestà del testatore, ma cade sibbene allorchè sopravvengono di tali circostanze che avrebbero reso invalido anche un testamento che

(2) L. 3. pr. D. *eod.* L. 4. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)

(3) L. 4. § 1. D. *eod.* Modestino qui evidentemente cade in un anacronismo quando egli pone Antonino Pio dopo Marco Aurelio e Lucio Vero.

(4) L. 4. C. cit.

(5) L. 4. C. cit.

(6) L. 4. § 2. L. 45. pr. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(7) L. 9. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(8) L. 8. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.) V. § 322. Nota 13.)

(*) *Madihn* Vicissitudines substitutionis exemplaris. Halae 1771. 4.

egli medesimo avesse fatto, come sarebbe segnatamente se egli più tardi facesse un testamento valido (1). Giustiniano estese ciò per rispetto ai dementi, in questo, che tutti gli ascendenti di un demente abbiano legalmente la facoltà di nominargli per testamento un erede (2), presupposto 1) che essi istituiscano o abbiano già innanzi istituito il demente per loro erede almeno nella legittima, 2) che quando il demente ha figliuoli, i sostituti siano presi fra costoro, ovvero, se non vi sono figliuoli, ma germani del medesimo o discendenti di costoro, sieno scelti fra questi (3), 3) che non vi sia alcun testamento del demente fatto prima della sua infermità (4). Se il demente ricupera la sua ragione, cade la sostituzione, imperocchè allora egli medesimo può far testamento (5). Pel caso che qui è possibile ad avvenire, che più ascendenti di un demente abbiano fatta una sostituzione, non trovasi veramente alcuna espressa disposizione; nondimeno in tal caso si dee procedere nel modo medesimo che quando un testatore abbia lasciato contemporaneamente più testamenti validi (6), per la qual cosa i sostituiti nominati in diversi testamenti debbono concorrere insieme (7).

(1) L. 43. pr. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

(2) L. 9. C. *de impub, et al. subst.* (6. 26.) § 1. J. *de pupill. subst.* (2. 16.). Di altra opinione sono *Voet* Com. ad Pand. XXVIII. 6. § 83.; *Unterholzner* nell' Arch. per la prat. civ. vol. II. n. 5.; *Lohr* quivi vol. V. n. 1., i quali qui non vogliono ammettere se non una estensione della sostituzione volgare, la quale nel fatto si tramuti in un *fideicommissum ex die mortis furiosi*. Veggasi per contrario *Zimmern* quivi vol. II. n. 28., *Thibaut* quivi vol. V. n. 13. p. 337. seg. Le disposizioni della L. 9. C. cit. si potrebbero assolutamente intendere come le intendono *Unterholzner* e *Lohr*; ma 1) nel § 1. J. cit., come nella L. 9. C. cit. Giustiniano espressamente dice che la sua sostituzione pei furiosi sia stata introdotta *ad exemplum substitutionis pupillaris*, cioè secondo l' analogia della sostituzione pupillare, la quale certo contiene una vera istituzione di erede. 2.) La L. 43. pr. D. *de vulgari et pup. subst.* (28. 6.), sulla quale senza dubbio è fondata la Costituzione di Giustiniano ha parimente una vera istituzione di erede in tutto il patrimonio del furioso. 3). Nella L. 7. § 8. C. *de cur. fur.* (5. 70.) il sostituito d' un furioso vien compreso insiem con gli eredi. 4.) Finalmente Giustiniano non avrebbe avuto bisogno di fare una Costituzione speciale per l' ammisibilità di un *fideicommissum ex die mortis furiosi.*

(3) L. 9. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)

(4) Un testamento di tal fatta non cade per la demenza § 1. J *quib non perm. fac. test.* (2. 12.) L. 9, C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.), e per conseguenza qui non incontrasi la ragione e lo scopo della sostituzione quasi pupillare.

(5) L. 9. C. *de impub. et al. subst* (6. 26).

(6) L. 1. § 6. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.)

(7) *Thibaut* l. c. L'opinione di Donello comm. jur. civ. VI. 27. che sia da stabilire una gradazione fra gli ascendenti, e segnatamente che una sostituzione da parte del padre sia da preferire a quella da parte della madre, è arbitraria.

CAPITOLO IV.

DELLA SUCCESSIONE INTESTATA.

I Introduzione storica.

1) *Sistema di successione del dritto civile antico* (*).

§ 336. Nella storia della successione intestata presso i Romani c'incontriamo in tre sistemi di successione essenzialmente diversi: 1) nel sistema del dritto civile antico *legitima hereditas*; 2) nel sistema dell'Editto Pretorio, *bonorum possessio intestati*; e 3) nel nuovo sistema di Giustiniano contenuto nella Novella 118. Quest' ultimo per verità ha nelle cose più importanti soppiantato gli antichi, ma siccome gli antichi principi sulla successione intestata vengono tuttavia applicati per complemento in molti rapporti, così non si può lasciare addietro la conoscenza dell'antico dritto ereditario. Nondimeno qui provvisoriamente sarà trasandata la successione molto eccezionale nel patrimonio dei libertini, riserbandone la spiegazione ad un capitolo speciale. Il sistema di successione contenuto nelle dodici Tavole, ma che probabilmente era anche più antico distingueva tre classi di eredi ab intestato, *legitimi heredes* (1). 1) *Sui heredes*. Questa classe, che si poteva incontrare solo nella successione de' maschi (2), ma qui escludeva tutti gli altri parenti (3), comprendeva i discendenti di alcuno, i quali alla sua morte stavano tuttavia sotto la patria potestà del medesimo (4), compresa l'*uxor in manu*, che si riteneva come sua figliuola (5), e compresi eziandio quei discendenti nati posteriormente, *posthumi*, i quali fossero già conceputi alla sua morte, e che sarebber caduti sotto la sua potestà, se

(*) *Scacher* Spec. histor. jur. civ. vicissitudines success. ab intest. apud Rom. exponens. Lipsia 1762. 4.; *Hugonis* Comm. de fundam. success. ab intest. ex jure Romano antiquo et novo. Goett. 1785. 4.; *Gluck* Dichiarazione ermeneutico-sistematica della teorica della successione intestata secondo i principii del dritto Romano antico e nuovo. Erlangen 1822. 8.; *Rosshirt* Introduzione al dritto di eredità ed esposizione di tutt'il dritto di successione intestata. Landshut 1831- 8.

(1). Caj. III. §. 1. 9. 17.; Collat. XVI. §. 2, e 4.

(2) L. 13. D. *de suis et legit.* (38. 16). Ulp. XXVI, § 7.; Caj. III. 51.

(3). Ulp. XXVI. §. 1. e 3.; § 1. J. *de her. quae ab intest.* (3. 1.)

(4) § 2-7. J. *eod.*; Caj. III. 2.; Collat. XVI. § 3.; *Griesinger* Storia della suità § 4. seg.

(5), Caj. III. § 3.; Collat. XXI. § 2.

fossero nati vivendo lui (6). Intanto i nipoti, pronipoti etc: non succedevano se non quando i più prossimi discendenti, per mezzo dei quali traevano origine dal defunto, erano di già morti, ovvero per adozione o per emancipazione usciti dalla famiglia (7), mentre al contrario concorrevano assolutamente con gli altri discendenti più prossimi, dai quali essi medesimi non discendevano (8). La divisione avveniva per modo che i figliuoli senza distinzione di sesso concorrevano *in capita*, cioè ottenevano porzioni eguali, *portiones viriles*, ma i discendenti più lontani succedevano *in stirpes*, cioè tutt'insieme prendevano la parte del figliuolo, dal quale discendevano, per dividersela tra loro (9). 2) *Agnati*. Se non vi erano *sui heredes*, allora succedevano gli agnati del defunto secondo la prossimità del grado, cosicchè il più prossimo escludeva il più remoto, e gli agnati di grado eguale ottenevano porzioni eguali, *portiones viriles* (10). In questa classe potevano reciprocamente succedere fra loro come agnati i figliuoli, il cui padre era morto, e la loro madre o madrigna, allorchè quest' ultima era stata *uxor in manu* del padre defunto, imperocchè questa allora veniva riguardata come figliuola di colui che era stato suo marito, e per conseguenza anche come *soror consanguinea* dei figliuoli del medesimo (11). 3) *Gentiles*. Da ultimo se il defunto non avesse lasciato neppure agnati, ma si fosse trovato in legame di gentilità, allora il suo patrimonio ricadeva alla *gens*, alla quale egli apparteneva, successione sulla quale ci mancano notizie esatte, e che scomparve anche di buon'ora insieme colla gentilità (12). Ma questo antichissimo ordine di successione patì delle modificazioni poco dopo le dodici Tavole. 1) Siccome le dodici Tavole immediatamen-

(6) § 8. J. *eod.*; Caj. III. § 4-6; Collat. l. c.; L. 4. C. *de suis et legit. hered.* (6. 54.). Non si oppone L. 6. D. *eod* (38 16.) « quia lex duodecim Tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuit», in cui le parole finali possono benissimo accennar semplicemente, che l'erede per lo meno debba già essere generato, come appunto dice la seguente L. 7. Di altra opinione è *Muhlenbruch* nel Sistema di *Gluck*. delle Pand. vol 36, p. 184.

7) § 7. 9. 10. 11. J. *eod.* L. 1. § 4-8. D. *de suis et legit.* (38. 16.) Confr. con L. 40. pr. D. *de adopt.* (1. 7.) § 7. J. *quib. mod. jus patr. pot. solv.* (1. 12.)

(8) § 6. J. *eod.*; Caj. § 7.; L. 3. C. *de suis et legit. hered.* (6. 55.)

(9) § 6. J. *eod.*; Caj. III. § 8.; Ulp. XXVI. § 2.; Collat XVI. § 3. L. 2, C. *de suis* (6. 55.)

(10) Cic. quaest. tusc. III. c. 5 de invent. II. c. 50. ad Herenn. I. c. 3.; Ulp. XXXI. § 1. e 5.; Collat. XVI. § 2. e 4.; Caj. III. § 9-11. tit J. de legit. agnat. succ. (3. 2.)

(11) Collat. XVI. § 6; Dion. Hal. II. 25.

(12) Caj. III. § 17.; Collat. XVI. § 3. e 4.; Cic. in Verr. II. 1. c. 45.; Sueton. in Caesare c. 1.; *Duisburg*. de princip. success. gentil. apud vet. Rom. Hal. 1788. 4.

te dopo i *sui heredes* aveano chiamato gli agnati, e siccome nell'uso comune del linguaggio i più prossimi fra tutti gli agnati cioè i fratelli e le sorelle generati dal medesimo padre solevano come *consanguinei* venir contrapposti a tutti gli altri agnati (13), così sorse dubbio, se anche i consanguinei in generale avessero un dritto di successione, e sebbene questo dubbio nella pratica si decidesse a favore dei medesimi (14), nondimeno porse l'occasione che dipoi communemente si distinguessero quattro classi di eredi *ab intestato*: *sui*, *consanguinei*, *agnati*, *et gentiles* (15). Questo per verità non fu che un cambiamento nella semplice indicazione, giacchè i consanguinei, purchè solo si fossero annoverati fra gli agnati, come i più prossimi di tutti costoro doveano sempre precedere gli altri, ma a ciò seguì 2) un'altra innovazione che fu più importante. Cioè mentre da principio le donne aveano un dritto ereditario illimitato (16), più tardi venne su l'opinione che fosse convenevole di non agguagliarle sotto questo riguardo ai maschi. Per tal ragione primamente per la *lex Voconia* a. di R. 585. fu molto ristretta la loro capacità di ricevere per testamento (17), e di poi l'*interpetratio prudentum* trasferì anche alla successione intestata i principii in quella legge contenuti, la *Voconiana ratio*, siccome Paolo la chiama, ; e a giustificare questo procedimento si sostenne e si applicò nella pratica la massima che, sebbene la nozione di *sui heredes* e di *consanguinei* comprendesse anche le donne, pure sotto *agnati* non si potevano intendere che i soli maschi (18), cosicchè a torto le donne infino allora erano state ammesse alla successione insieme con essi, e però per l'avvenire le don-

(13) L. 1. pr. D. *de legit. tutor.* (26. 4.) L. 2. § 1. D. *unde legit.* (38. 7.) L. 4. D. *unde cognati* (38. 8.) L. 2. pr. D. *de suis et legit.* (38. 16.) L. 6. § 1. D. *ad Sct. Tertull.* (38.17.)

(14) Collat. XVI. § 3. « intestatorum hereditas lege duodecim Tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis et aliquando quoque gentibus deferebatur. Sane consanguineos lex non adprehenderat, interpetratione prudentium primum inter agnatos locum acceperunt L. 3. C. quor. bonor. (8. 2.)

(15) Ulp. XVI. § 1.; Collat XVI. § 3. 4. 6.; L. 1. § 9. L. 2. pr. D. *de suis et legit.* (38. 16.)

(16) Caj. III. § 46.; Ulp. XXXIX. § 1.; Paul. S. R. IV. 8. § 2.; § 5. J. *de exhered. lib.* (2. 13.) § 3. J. *de legit. agnat. succ.* (3. 2.) Theoph. II. 13. § 5. e III. 2. § 3.; L. 14. L. 15. pr. C. *de legit. hered.* (6. 58.). Di altra opinione è *Schrader*, Qual'è il guadagno che la storia del dritto ritrae da Cajo. Heidelb. 1823. 8. p. 13. seg.

(17) V. § 318. Nota 38-51.

(18) Per conseguenza dell' antica definizione: « agnati sunt cognati virilis sexus per mares descendentes ». Ulp. XXVI. § 1 ; Collat. XVI. § 3. e 7.; L. 2. § 1. D. *de suis et legit.* (38. 16.)

ne non doveano succedere che nelle due prime classi dei *sui* e dei *consanguinei* (19). Una particolarità dell'antico dritto di successione fu il principio: in *legitimis hereditatibus non est successio*, il cui senso era questo, che l'eredità si deferiva ai più prossimi eredi una sola volta per sempre, ma se questi non l'acquistavano, non v'era luogo a chiamar dopo essi i più lontani, ed il patrimonio rimaneva senza padrone, il che per verità non poteva avvenire nella classe dei *sui*, essendochè costoro divenivano eredi *ispo jure* (20).

2) *Bonorum possessio intestati*

§ 337. L'antico sistema di successione fondato sullo stretto legame di famiglia e di gentilità ebbe a patire un essenziale riforma per effetto del dritto pretorio, il quale divise quei che chiamava alla *bonorum possessio intestati* in quattro classi; di queste solo le due prime erano destinate ai primitivi eredi civili, tra i quali però furono chiamati eziandio alcuni nuovi eredi, ma le due ultime contenevano manifestamente eredi nuovi. Le quattro classi si appellavano:

1.° *Unde liberi* (1). Questa classe la quale parimenti non potea incontrarsi che per la successione de'maschi comprendeva 1) i *sui heredes* perfettamente secondo il dritto antico (2), ma oltre a questi anche 2) gli *emancipati* i figliuoli cioè che il defunto avea emancipati (3), mentre quelli, che in altra guisa erano usciti dalla patria potestà del defunto, continuarono sempre a rimanerne esclusi (4). Nondimeno questi figliuoli e-

(19) Paul. S. R. IV. 8. § 22. « Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque jure civili Voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex XII. Tabularum nulla discretione sexus cognatos admittit ». Collat. XVI. § 3. Caj. III. § 14. e 23.; Ulp. XXVI. § 6.; Theoph. III 2. § 3. J. *de legit. agnat. succ.* (3. 2.) L. 14. C. *de legit. hered.* (6. 58.). *Euler* sulla limitazione del dritto ereditario delle donne presso i Romani Bon. 1822. 8.

(20) Caj. III. § 11-13. e 22.; Ulp. XXVI. § 5.; Paul. S. R. IV. 8. § 23.; § 7. J. *de legit. agnat. succ.* (3. 2.)

(1) Dig. XXXVIII. 6. XXXVII. 8. Cod. VI. 14.; l'indicazione di questa, come delle seguenti classi ha avuta occasione dal citare « edictum unde liberi etc. ad bonorum possessionem vocantur ».

(2) § 3. J. *de bon. poss.* (3. 9.) L. 1. § 6. D. *si tab. test. nullae extab. unde liberi* (38. 6.) L. 5. § 1. D. *unde legitimi* (38. 17.) L. 2. C. *de suis et legit. hered.* (6. 55.)

(3) Caj. III. § 26.; Ulp. XXVIII. 8., § 9. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.) L. 4. L. 5. D. *si tab. test. nullae extab.* (38. 6.) L. 1. C. *unde lib.* (6. 14.); Nondimeno i figliuoli adottivi emancipati formavano eccezione L. 1. § 6. L. 4. D. *eod.*

(4) Ulp. l. c.; § 10-13. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.)

mancipati non venivano ammessi che sotto la condizione di conferire il loro proprio patrimonio nell'eredità paterna (5), e se dei nipoti nati da un *emancipatus* si trovavano tuttora nella potestà del defunto, e per conseguenza erano *sui heredes* (6), allora, affinchè gli altri figliuoli per la deduzione di una doppia porzione ereditaria non fossero danneggiati, l'emancipato insieme coi nipoti da lui generati non prendeva che una sola porzione spettante ad un figliuolo, e di questa una metà rimaneva a lui, e l'altra ricadeva ai nipoti, la qual disposizione fu chiamata *Edictum de conjungendis cum emancipato liberis* (7).

2.° *Unde legitimi* (8). In questa classe eran chiamati tutti i *legitimi heredes* dell'antico dritto civile (9), e però non solamente i *consanguinei* e gli *agnati*, ma anche gli stessi *sui heredes*, allorchè nè essi medesimi nè altri si fosser presentati nella prima classe (10), allora però per la loro qualità non godevano di alcuna preferenza rispetto agli altri eredi della seconda classe, ma egualmente che questi ereditavano soltanto secondo la prossimità del grado, e quindi p. es. i *consanguinei* potevano concorrere co' nipoti. Nel rimanente la successione e la divisione in questa classe non fu punto alterata (11), e fu anche conservata l'esclusione delle agnate dalla successione (12), come pure l'antica regola che la successione si dovesse deferire soltanto ai più prossimi agnati; il perchè ai più lontani non giovava il presentarsi, ma piuttosto allorchè i più prossimi avean lasciato trascorrere il termine per fare la domanda, la successione incontanente si deferiva alla terza classe (13).

3.° *Unde cognati* (14). Qui erano chiamati tutti i parenti del sangue di amendue i sessi fino al sesto grado, e del settimo grado anche gli *ex sobrino sobrinaque nati nataeve* (15), senza far distinzione se alcuno appartenesse di già ai parenti delle prime classi e non si fosse in queste presentato, e se per l'adozione o arrogazione fosse entrato in un'al-

(5) V. appresso § 359. n. II.
(6) V. il precedente § Nota 7.
(7) L. 6. D. *si tab. test. nullae extab.* (38. 6.) L. 1. D. *de conj. cum emanc. lib.* (37. 8.)
(8) Dig. XXXVIII. 7.; Cod. VI. 15.
(9) L. 1. L. 2. § 2. L. 3. D. *unde legit.* (38. 7.); Caj. III. § 27.
(10) L. 2. pr. D. *unde legit.* (38. 7.); L. 1. § 11. D. *de succ. ed.* (38. 9.)
(11) L. 3. L. 5. L. 7. L. 9. C. *de legit. hered.* (6. 58.)
(12) Caj. III. § 29.
(13) § 7. J. *de legit. agn. succ.* (3. 2.) Confr. con Caj. III. § 28.
(14) Inst. III. 5.; Dig. XXXVIII. 8.; Cod. VI. 15.
(15) § 5. J. *de succ. cognat.* (3. 5.) L. 1. § 3. D. *unde cogn.* (38. 8.)

tra famiglia o no (16). Nondimeno allorchè più persone si presentavano, i più prossimi escludevano sempre i più remoti, mentre quei del medesimo grado prendevano una porzione virile (17). Ma in questa classe avea luogo la *successio graduum*, cosicchè la domanda di un parente più lontano era efficace, allorchè i più prossimi trascuravano di chiedere la successione (18).

4.° *Unde vir et uxor* (19). Infine se niun parente avea chiesto o ottenuto la *bonorum possessio*, allora questa si deferiva al sopravvivente conjuge legittimo e non divorziato del defunto o della defunta (20), il che avea relazione al matrimonio libero, nel quale secondo il dritto civile i conjugi non aveano alcun dritto ereditario reciproco fra di loro (21).

3) *Posteriori ampliazioni del sistema di successione pretoria.*

A. *Bonorum possessio decretalis.*

§ 338. Per quanto l'Editto del Pretore avesse già esteso il dritto di successione, pure coll'andare del tempo non si rimase qui. Le prime ampliazioni del sistema di successione stabilito nell' Editto furono senza dubbio quelle che si fondarono soltanto sull' interpetrazione del dritto e sulla pratica, e per tal ragione furono annoverate tra i casi della così detta *bonorum possessio decretalis* (1). I casi che qui si rapportano erano i seguenti: 1) i figliuoli di un figlio emancipato nati dopo l'emancipazione di costui, non appartenevano nè ai *sui* nè agli *emancipati* del loro Avo, e però costoro non potevano in forza dell' Editto venire alla successione di lui nella classe *unde liberi*. Ma se il loro padre era morto, o se il medesimo dopo di avere egli stesso emancipato i suoi figliuoli era per arrogazione passato in un' altra famiglia, allora per la *bonorum possessio decretalis* erano ammessi come emancipati in luogo

(16) Caj. III. § 27-31.; Ulp. XXVIII. § 9.; § 13. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.) pr. § 1-4. J. *de succ. cogn.* (3. 5.) L. 1. pr. § 4. L. 2. D. *unde cogn.* (38. 8. L. 5. D. *unde legit.* (38. 7.) Confr. con L. 5. pr. D. *eod.* L. 1. § 11. D. *de succ. ed.* (38. 9.) § 7. J. *de leg. agn. succ.* (3. 2.)

(17) L. 1. § 5. 10. D. *unde legit.* (38. 7.)

(18) § 7. J. *de legit. agn. succ.* (3. 2.); Ulp. XXVIII. § 11.

(19) Dig. XXXVIII. 11.; cod. VI. 18.

(20) L. un. D. *unde vir et ux.* (38. 11.) L. un. C. *eod.* (6. 18.) L. 9. C. Th. *de legit. hereditat.* (5. 1.)

(21) Nondimeno non si può dubitare che anche una *uxor in manu* poteva ottenere questa *bonorum possessio*, quando avea trascurato di presentarsi nella qualità di *sua*.

(1) V. § 302. Nota 12-14.

del loro padre alla successione dell'Avo (2); 2) ma da un altro lato anche i figliuoli di un emancipato rimasti sotto la potestà dell'Avo erano ammessi alla successione del padre emancipato (3). 3) Nello stesso modo allorchè un figliuolo uscito per adozione dalla sua famiglia era emancipato eziandio dal suo padre adottivo, a lui o ai suoi figliuoli, se egli medesimo era morto, si concedeva la *p. b. decretalis* relativamente all'eredità del padre naturale, come se da costui fossero stati emancipati, sebbene qui secondo l'Editto non avessero alcun dritto di successione (4). 4) Nel dubbio sullo stato di un morto, secondo l'Editto, non poteva darsi alcuna *bonorum possessio* (5); nondimeno più tardi su questo proposito si cambiò di avviso, e fu conceduta la *bonorum possessio decretalis* agli eredi presuntivi anche durante l'incertezza (6). 5) Se si temeva la rescissione del testamento per parte di un postumo, nella incertezza se dovesse aver luogo la successione testamentaria o a intestata, secondo l'Editto non potevano ottenere la *bonorum possessio* nè gli eredi testamentarii, nè gli eredi *ab intestato*, ma non pertanto i figliuoli del testatore istituiti nel testamento, e non già gli altri eredi testamentarii (7) più tardi furono soccorsi con la *p. b. decretalis*; imperocchè essi in ogni caso doveano essere ammessi insieme alla successione (8). 6) Il dritto di alcuno alla *bonorum possessio* secondo l'Editto non passava ai suoi eredi, allorchè egli erasi morto prima di farne la domanda: nondimeno allorchè alcuno, a cui era deferita la *p. b.* moriva nel termine stabilito per la domanda, concedevasi in sua vece ai suoi eredi la *b. p. decretalis*, purchè ne avessero fatta la domanda in quel resto del termine che rimaneva a decorrere (9).

B. *Scta. Tertullianum, ed Orphitianum* (*).

§ 339. Fatta astrazione dal caso, che negli ultimi secoli della Repub-

(2) L. 4. D. *de coniung. cum emanc. lib.* (37. 8.) L. 6. D. *si tab. test. non extab.* (38. 6.) L. 3. § 9. L. 14. § 1. L. 17. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)
(3) L. 5. D. *de collat.* (37. 6.)
(4) L. 14. § 1. L. 6. § 4. D. *de bon. poss. c. t.* (37.4.)
(5) L. 2. § 3. D. *unde legit.* (38. 7.)
(6) L. 1. § 1. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.)
(7) L. 1. § 6. 8. 9. D. *si mulier ventr. nom.* (25. 6.) L. 3. § ult. D. *ad Sct. Silan.* (29. 5.)
(8) L. 84. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 4. § 3. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)
(9) L. 5. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 12. D. *de Carbon. edicto* (37. 10.) V. § 368.
(*) Dig. XXXVIII. 17.

blica Romana era di già divenuto ben raro, che cioè la madre ed i figliuoli per effetto della *in manum conventio* fossero divenuti *consanguinei* l'un dell'altro (1), per lo stesso sistema di successione Pretoria la madre ed i figliuoli non potevano succedere reciprocamente fra loro che nella classe *unde cognati* (2). Questa posposizione non naturale in confronto degli agnati fu corretta al tempo degl'Imperadori.

1.° *Sctum. Tertullianum* (3). Dopo che l'Imperadore Claudio per la prima volta ebbe conceduto alle madri per rispetto ai loro figliuoli il più prossimo grado di successione (4), il *Sctum. Tertullianum* sotto Adriano determinò più particolarmente la successione delle madri (5). La madre per verità dovea venir dopo la classe *unde liberi*, allorchè vi erano discendenti del suo figliuolo morto appartenenti a questa classe (6); ed in quanto a'figliuoli emancipati, dovea del pari cedere al padre che veniva alla successione in forza del suo dritto di padronato (7), ma non già anche all'Avo o al bisavo, se questi avesser fatta l'emancipazione (8); s'intende anche di per sè che, pei figliuoli sotto la patria potestà, ella non potea succedere nel peculio castrense, perciocchè questo ricadeva al padre (9); per contrario pei figliuoli così legittimi come illegittimi ella era preferita a tutti i parenti collaterali, e per conseguenza prendeva il primo posto nella classe *unde legitimi* (10), nondimeno ciò avea luogo soltanto allorchè essendo ingenua, per tre volte, ed essendo liberta, per quattro volte avesse partorito figliuoli vivi e vitali e non mostruosi (11), e non avesse trascurato per un anno di domandare un tutore pel figliuolo, dal quale dovea ereditare (12). Non pertanto eravi eziandio un caso speciale, nel quale la madre non ereditava che insieme coi parenti collaterali, cioè quando il figliuolo, a cui si dovea succedere, avea sibbene il padre, ma questi dopo la nascita del medesimo per mezzo d'adozione o di emancipazione era uscito dalla fa-

(1) V. sopra § 336. Nota 11.
(2) Pr. J. *de Sct. Tertull.* (3. 3.)
(3) Paul. S. R. IV. 9.; Inst. III. 3; Cod. VI. 56. V. la mia St. § 106. Nota 6.
(4) § 1. J. *de Sct. Tertull.* (3. 3.)
(5) § 2. J. *eod.*
(6) § 3. J. *eod.* L. 2. § 6-14. L. 5. D. *ad Sct. Tertull. et Orphit.* (38. 17.)
(7) V. appresso § 352.
(8) § 3. J. *eod.* L. 2. § 15. e 16. D. *eod.*
(9) L. 10. pr. D. *eod.* V. appresso § 342.
(10) § 3. 7. J. *eod.* L. 2. pr. § 1. seg. L. 7. D. *eod.*
(11) Paul. l. c.
(12) L. 2. § 23-47. D. *eod.*

miglia. Si trovò in certo modo sconvenevole di preferire la madre sola a questo padre, il quale del pari che ella era il più prossimo cognato; ma siccome però i *consanguinei* ed *agnati* come *legitimi heredes* escludevano il padre, il quale non si potèa presentare che nella classe *unde cognati*, così il Senatoconsulto in modo inconseguente ammise insieme con quegli eredi la madre, senza dare un eguál diritto al padre (13).

2.° *Sctum. Orphitianum* (14). Per questo Senatoconsulto pubblicato sotto Marco Aurelio fu anche per la successione delle donne creata una classe *unde liberi*, giacchè i loro figliuoli così legittimi come illegittimi furono ammessi come i loro più prossimi eredi in preferenza degli altri parenti (15). Intanto questo dritto ereditario fu attribuito soltanto ai figliuoli di primo grado e non già anche ai nipoti (16). Per le madri liberte siffatto dritto presupponeva eziandio che i figliuoli fossero nati dopo la manomissione delle medesime (17) ed ai figliuoli di una Cittadina Romana che non avessero egualmente la Cittadinanza fu al tutto negato (18). Ma qui i figliuoli non eran mai tenuti come *sui heredes* che acquistassero *ipso jure* la successione, giacchè al contrario doveano dichiarare l' accettazione dell' eredità (19) ma erano sibbene riguardati come eredi civili che potevano accettare anche senza domandare la *bonorum possessio* (20).

C. Disposizioni delle costituzioni Imperiali (*).

§ 340. Dalla pubblicazione del *Sctum Orphitianum* fino a Costantino la successione intestata rimase intatta nell' essenziale ; ma sotto gl' Imperadori Cristiani seguirono parecchie innovazioni , ed in ispezialità nelle due prime classi della *bonorum possessio intestati*, le quali nella maggior parte indubitatamente provennero dalla tendenza a distruggere più che fin'allora non s'era fatto, l' influenza dell'antico drit-

(13) L. 2. § 17. 18. D. *eod.*

(14) Paul. S. R. IV. 10.; Inst. III. 4. Cod. VI. 57.; *Stockman diss. de Sct. Orphitiano*. Lipsia 1798. 4. V. la mia St. § 107. Nota 16.

(15) Pr. § 1. 2. J. *de Sct. Orphit.* (3. 4.) L. 1. § 2. 8. L. 4. L. 6. L. 9. D. *de Sct. Tertull. et Orphit.* (38. 17.) Paul. l. c. § 1. L. 3. C. Th. *de legit. hered.* (5. 1.)

(16) § 1. J. *eod.*

(17) Paul. l. c. § 2. Confr. con L. 1. pr. § 3. D. *eod.*

(18) Paul. l. c. § 3.

(19) Paul. l. c. § 4. L. 1. C. *de Sct. Tertull.* (6. 56.)

(20) L. 3. C. *de Sct. Orphit.* (6. 57.)

(*) Cod. Theod. V. 1.; Cod. VI. 55-58.

to civile sulla successione, ed a far valere in essa il riguardo della semplice parentela del sangue.

1.° Costantino dispose nell'anno 321. 1) che la madre la quale non abbia il *jus liberorum* debba ottenere in concorso dei parenti collaterali un terzo della successione del suo figliuolo; 2) ma per contrario anche la madre che abbia il *jus liberorum*, se i parenti collaterali più prossimi siano Zii paterni del figliuolo morto o figliuoli di costoro, o figli di figli, debba rilasciare a costoro un terzo dell'eredità, anche quando per una *capitis diminutio minima* avesser cessato di essere *agnati* del figliuolo (1).

2.° In seguito di ciò Valentiniano I. dispose (369.) 1) che i *fratres consanguinei* del figliuolo dovessero di nuovo esser preferiti alla madre; imperocchè era inconseguente di lasciar concorrere colla madre gli Zii paterni e la loro discendenza maschile, quando i fratelli più prossimi di grado non le erano preferiti (2), e verisimilmente dispose anche 2) che le *sorores consanguineae* come le più prossime parenti collaterali dovessero avere in concorso colla madre la metà dell'eredità (3).

3.° Graziano aggiunse anche (382) questa limitazione al dritto di successione della madre, che quando una madre, la quale abbia ereditato dal figlio *ex testamento* o *ab intestato* insieme coi fratelli e colle sorelle, di poi passi a seconde nozze, della sua parte ereditaria le debba rimaner soltanto l' usufrutto ma la proprietà debba ricadere ai fratelli ed alle sorelle (4).

4.° Da Valentiniano II. (389) 1) il *Sctum Orphitianum* fu esteso eziandio ai nipoti e più lontani discendenti delle donne (5), e 2) fu disposto che i discendenti delle figliuole morte di un defunto non altramente che i discendenti de' figliuoli morti subentrino nel luogo della loro madre, ma in concorso con altri discendenti ottengano soltanto due terzi

(1) L. 1. C. *Th. de legit. hered.* (5. 1.)

(2) L. 2. C. Th. *eod.*

(3) La L.2.C.Th.cit. certamente ora non contiene questo secondo principio, ma è manifestamente alterata, sebbene sia stata alquanto compiuta per le nuove aggiunzioni al Cod. Th. e questo principio trovasi di poi come dritto in vigore L. 8. C. Th. *eod.* L. 5. L. 7. C. *de Sct. Tertull.* (6. 56.), senza che si conosca altrimenti la fonte del medesimo; imperocchè senza dubbio è falso quel che dice Giustiniano nella Nov.22. c. 47. § 2. attribuendo questo principio, come pure la preferenza dei *fratres consanguinei* alla madre al Senatoconsulto Tertulliano, il quale soltanto in un caso singolare fa concorrere i fratelli e le sorelle con la madre V. il § precedente Nota 13.

(4) L. 3. § 1. C. *de secundis nuptiis* (5. 9.)

(5) L. 4. C. Th. *de legit. hered.* (5. 1.) § 1. J. *de Sct. Orphit.* (3.4.)

della parte ereditaria della madre, se poi gli altri eredi più prossimi sieno degli *agnati*, debbano dare a costoro un quarto dell'eredità (6).

5.° Arcadio (396.) sottopose questa successione dei figli delle figliuole anche alla condizione, che dovessero conferire la dote che la loro madre defunta avesse per avventura ricevuta dal morto (7)

6.° Per contrario Onorio (420) espresse il principio che i figli delle figliuole nella successione dell'Avo si dovessero eziandio trattare come *sui heredes*, allorchè la loro madre alla sua morte si fosse tuttavia trovata sotto la potestà del medesimo, ma giammai nella successione dell'Ava (8).

7.° Teodosio II. fece cinque ordinamenti a ciò relativi. 1) (426) Che anche i discendenti di donne dovessero valere come *sui heredes* delle medesime, ed acquistar l'eredità *ipso jure* (9). 2) (426) Che in mancanza di consanguinei anche la madre la quale non avesse il *jus liberorum* certamente dovesse succedere, ma nondimeno non solo agli Zii paterni o ai costoro discendenti maschili, ma anche ai germani emancipati del proprio figliuolo, se mai ve ne fossero, dovesse rilasciare un terzo dell'eredità (10). 3) (426) Che la madre concorrendo coi fratelli e colle sorelle, nel caso che passasse a seconde nozze, dovesse a vantaggio dei fratelli e delle sorelle perdere la proprietà non già di tutta la sua porzione ereditaria, ma solo dei beni paterni, che il figliuolo morto avesse ereditati dal padre (11). 4) (428) Che la *bonorum possessio unde vir et uxor* dovesse sempre esser *sine re* tostochè vi fossero come eredi più prossimi dei parenti capaci di succedere di qualsivoglia specie (12). 5) (439) Che allorchè una madre tutrice dei suoi figliuoli prima di rendere il conto contraesse un nuovo matrimonio, non potesse più ereditare dai suoi figliuoli. (13).

8.° Per disposizione di Anastasio (502) a coloro che per mezzo dell'emancipazione erano usciti dalla loro famiglia furono attribuiti tutt'i dritti di successione, che senza l'emancipazione avrebbero avuti, come se fossero tuttora *sui*, *consanguinei*, ed *agnati* (14). Nondimeno

(6) L. 4. C. Th. cit. ovvero L. 9. C. *de suis et legit.* (6. 55.) Confr. L. 19. C. *de collat.* (6. 20.) L. 12. C. *de suis et legit.* (6. 55.) Nov. 18. c. 4.

(7) L. 5. C. Th. *de legit. hered.* (5. 1.)

(8) L. 6. C. Th. *eod.* L. 10. C. *de suis et legit.* (6. 55.)

(9) L. 11. C. *de suis et legit.* (6. 55.)

(10) L. 7. C. Th. *de legit. hered.* (5. 1.)

(11) L. 8. C. Th. *eod.* L. 5. C. *de Sct. Tertull.* (6. 56.)

(12) L. 9. C. Th. *de legit. hered.* (5. 1.)

(13) L. 6. C. *de Sct. Tertull.* (6. 56.)

(14) L. 11. C. *de legit. hered.* (6. 58.)

doveano ricevere una porzione ereditaria alquanto diminuita, (15), sebbene l'ammontare di siffatta diminuzione non sia noto (16).

9.° Finalmente Giustiniano fece le maggiori innovazioni: 1) (528) Che nella successione delle madri non si dovesse più aver riguardo al *jus liberorum* (17); 2) (528) Che nella classe *unde legitimi* i fratelli e le sorelle, ed i genitori dovessero sempre succedere insieme quando vi fosse la madre, ma i fratelli del padre e i figli di costoro non dovessero più concorrere colla madre; e per certo A. essendovi la sola madre, e concorrendo con le sole sorelle dovea avere ella sola la metà dell'eredità, secondo il dritto primitivo, concorrendo coi fratelli o con fratelli e sorelle nel tempo stesso, avea una porzione virile. B. Ma quando vivèa anche il padre, allora se il figliuolo era uscito dalla patria potestà, il padre e la madre doveano avere ciascuno l'usufrutto sopra un quarto dell'eredità, e i fratelli e le sorelle senza distinzione l'altra metà, e la proprietà dell'intero, mentre al contrario se il figliuolo alla sua morte si fosse trovato sotto la patria potestà, al padre dovea rimanere durante la sua vita l'usufrutto sul *peculium adventitium*, ma alla sua morte questo *peculium* tra la madre ed i fratelli e le sorelle dovea dividersi in quella guisa medesima che sarebbe stato diviso se da principio non vi fosse stato il padre (18). 3) (528) Che i figli delle figlie del defunto non dovessero più dare un quarto dell'eredità agli agnati, siccome Valentiniano II. avea prescritto (19). 4) (529) Che i figliuoli illegittimi di una *mater illustris* non dovessero più succederle in concorso coi figliuoli legittimi (20). 5) (530) Che quelli che erano adottati da chi non fosse un loro ascendente naturale dovessero conservare nella loro famiglia naturale tutt'i loro dritti di successione, e viceversa quei della loro famiglia naturale potessero ereditare da essi (21). 6) (531) Che la limitazione del dritto ereditario delle donne nella classe *unde legitimi* dovesse cessare (22). 7) (531) Che anche i figliuoli dei consanguinei morti, come pure quelli delle sorelle uterine ma non già anche i nipoti dovessero sempre subentrare in luo-

(15) Questo noi raccogliamo dalla L. 15. § 1. C. *eod.*

(16) Forse potè anche intendersi soltanto del caso quando secondo l'*Edictum de conjugendis cum emancipato liberis* l'emancipato concorreva coi suoi proprii figliuoli rimasti sotto la potestà del defunto V. sopra § 337. Nota 7.

(17) L. 2. C. *de jure liberor.* (8. 59.) § 4. J. *de Sct. Tertull.* (3. 3.)

(18) L. 7. C. *de Sct. Tertull.* (6. 56.)

(19) L. 12. C. *de suis et legit.* (6. 55.) § 14. 15. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.)

(20) L. 5. C. *de Sct. Orphit.* (6. 57.)

(21) L. 10. § 1. C. *de adopt.* (4. 48.) § 13. e 14. J. *de her. quae ab intest.* (3. 1.)

(22) L. 14. pr. C. *de legit. hered.* (6. 58.) V. § 337. Nota 12.

go dei loro genitori; e quindi salire di un grado e precedere coloro che i loro genitori avrebber preceduti, ma quando concorressero figliuoli di diversi fratelli o sorelle non dovessero dividere in *stirpes*, ma sibbene in *capita* (23). 8) (532) Che alla morte di un figliuolo emancipato, anche quando la madre non era più in vita, il padre non dovesse come *patrono* escludere i fratelli e le sorelle, ma piuttosto il patrimonio dovesse ricadere ai medesimi, ed il padre non dovesse conseguire che l'usufrutto sull' intero (24). 9) (534) Che la *Successio graduum* dovesse aver luogo eziandio nella classe *unde legitimi* (25). 10) (534). Che i germani usciti per emancipazione dalla famiglia, come pure gli uterini dovessero avere un dritto perfettamente eguale coi consanguinei, ma i figliuoli de'germani emancipati già morti non potessero, come i figliuoli degli altri germani, salire di un grado, ma soltanto concorrere con gli Zii come parenti di terzo grado (26). 11) (534) Che la madre che si fosse rimaritata non dovesse avere il semplice usufrutto della sua porzione ereditaria in concorso coi fratelli e le sorelle (27). 12) (536) Che intanto nei beni paterni del figliuolo morto la madre rimaritata non dovesse sempre avere che il solo usufrutto, tanto se il matrimonio fosse conchiuso prima quanto se fosse conchiuso dopo la morte del figliuolo (28). 13) (536) Che i fratelli e le sorelle che avessero insidiata la vita al defunto, o lo avessero accusato, o avesser tentato di fargli perdere il patrimonio non potessero ereditare da lui (29). 14) (536) Che anche in concorrenza con semplici figliuole la madre non dovesse ricevere che una sola porzione virile (30). 15) (537) Che i figliuoli delle figlie anche in concorso con altri discendenti dovessero conseguire tutta la porzione ereditaria materna e non semplicemente due terzi (31).

(4 *Veduta generale.*

§ 341. Per quello che fin qui abbiam detto è manifesto che prima della novella 118. il sistema di successione era il seguente:

1.° La classe *unde liberi* avea luogo così per le femine come pei

(23) L. 14. § 1. C. *eod.* Confr. L. 15. pr. C. *eod.*
(24) L. 13. C. *eod.*
(25) L. 15. § 3. C. *eod.* § 7. J. *de legit. agn. succ.* (3. 2.)
(26) L. 15. § 1. e 2. C. *eod.*
(27) Nov. 2. C. 3. Confr. Nov. 22. c. 47.
(28) Nov. 22. c. 46.
(29) Nov. 22. c. 47. pr.
(30) Nov. 22. c. 47. § 2.
(31) Nov. 18. c. 4.

maschi (1), e comprendeva quasi tutt' i discendenti; imperocchè essa anche per le donne non era più limitata ai figliuoli di primo grado (2); ed erano ammessi anche i discendenti di figliuole o nepoti già morte del defunto (3), come pure i figliuoli nati da emancipati dopo l' emancipazione (4), ed anche quei discendenti, che un altro avea adottati, senza alcuna restrizione nel caso di una *adoptio minus plena* (5), e nel caso di una *adoptio plena* almeno quando erano stati di nuovo emancipati dal loro padre adottivo (6), col che però perdevano d' altra parte il loro dritto di successione nella famiglia adottiva (7). Per la discendenza delle donne non era a tenersi conto della nascita legittima (8), con la sola eccezione che i figliuoli illegittimi di una *mater illustris* non poteano ereditare da lei insiem coi figliuoli legittimi (9). Oltre a ciò tutti gli eredi di questa classe attualmente eran tenuti come *sui heredes*, che acquistavano l' eredità *ipso jure* (10). La divisione avveniva sempre in guisa che i figliuoli ottenessero una porzione virile, i discendenti più lontani succedessero in istirpi, nel che anche i figli delle figliuole ricevevano l'intera porzione della madre (11).

2:° Nella classe *unde legitimi*, nella quale attualmente avea luogo anche la *successio graduum* (12) 1) ereditavano nel luogo dei *consanguinei* A. tutti i fratelli e le sorelle senza distinzione di sesso, e sempre per capi (13), eccetto solamente coloro che per una *adoptio plena* erano usciti dalla famiglia (14), o aveano teso insidie alla vita del defunto, o lo aveano accusato, o aveano tentato di fargli perdere il patrimonio (15). B. I figliuoli ma non già anche i nipoti dei fratelli e delle sorelle morte (16),

(1) Pr. § 1. 2. J *de Sct. Orphit.* (3. 4.)
(2) § 2. J. *eod.*
(3) L. 9. L. 12. C. *de suis et legit.* (6. 55.) Nov. 18. c. 4.
(4) L. 4. D. *de conj. cum emanc. lib.* (37. 8.) L. 6. D. *si tab. test.* (38. 6.) L. 3. § 9. L. 14. § 1. L. 17. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)
(5) L. 10. § 1. C. *de adopt.* (8. 48.) § 13. 16. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.)
(6) L. 6. § 4. L. 14. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)
(7) L. 1. § 6. L. 4. D. *si tab. test.* (38. 6.)
(8) L. 1. § 2. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.) L. 8. D. *unde cogn.* (38. 8.)
(9) L. 5. C. *de Sct. Orphit.* (6. 57.)
(10) L. 10. L. 11. C. *de suis et legit.* (6. 55.) L. 11. C. *de legit. hered.* (6. 58.)
(11) L. 12. C. *de suis et legit.* (6. 55.) Nov. 18. c. 4.
(12) L. 15. § 3. C. *de legit. hered.* (6. 58.) § 7. J. *de legit. agn. succ.* (3. 2.)
(13) L. 15. § 1. 2. C. *de legit. hered.* (6. 58.) L. 10. § 1. C. *de adopt.* (8. 48.)
(14) L. 10. pr. C. *eod.*
(15) Nov. 22. c. 47. pr.
(16) L. 14. § 1. L. 15. pr. C. *de legit. hered.* (6. 58.)

eccetto quelli nati da emancipati, sebbene questi ultimi ereditassero essi stessi in concorso con gli altri fratelli e sorelle (17). Una conseguenza del principio che la successione in questa classe negli altri casi avea luogo secondo la prossimità del grado, era anche che i figliuoli di fratelli o sorelle nati da diversi fratelli o sorelle, quando non concorrevano coi fratelli o colle sorelle dei genitori doveano dividere non per istirpi ma per capi (18). C. I genitori. Se di questi eravi soltanto il padre, egli allora precedeva tutti gli altri parenti collaterali (19), ma in concorso con fratelli o sorelle o con figliuoli di costoro otteneva o conservava soltanto l'usufrutto del patrimonio, secondo che si trattava della successione al patrimonio di un figliuolo emancipato, o al peculio avventizio di un figliuolo sotto la patria potestà, mentre la proprietà deferivasi ai fratelli ed alle sorelle ed ai loro figliuoli (20). Se poi eravi soltanto la madre, ella per certo avea anche la preferenza su i parenti collaterali più lontani, ma in concorso coi fratelli e colle sorelle e coi figliuoli di costoro non otteneva che una parte di un figliuolo (21), ed anche questa non sempre senza qualche restrizione, giacchè nel caso di un secondo matrimonio, su i beni paterni che si trovavano nella sua porzione ereditaria non le spettava che il semplice usufrutto (22). Finalmente se ambedue i genitori erano in vita, allora certamente succedeva solo il padre, quando non concorresse alcun fratello o sorella o figliuoli di costoro (23); ma nel caso opposto, se si trattava della successione di un emancipato, il padre e la madre ottenevano ciascuno l'usufrutto sopra un quarto, ma i fratelli o le sorelle o i loro figliuoli conseguivano l'altra metà, e la proprietà dell'intero, se poi si trattava della successione di un figliuolo morto sotto la patria potestà, al solo padre rimaneva l'usufrutto, ma la proprietà dividevasi tra la madre ed i fratelli e le sorelle secondo i medesimi principii come se il padre non fosse più in vita (24). Per la madre non si ricercava più il *jus liberorum* (25). 2) Dopo le predette persone succe-

(17) L. 15. § 1. C. *eod.*

(18) L. 14. § 1. C. *eod.*

(19) Pei figliuoli emancipati, *jure patronatus*, veggasi appresso § 353. Nota 28-30., e pei figli di famiglia, in forza della patria potestà, la quale gli dava il dritto di riprendere il peculio vacante.

(20) L. 13. C. *de legit. hered.* (6. 58.) L. 7. C. *de Sct. Tertull.* (5. 56.)

(21) L. 7. C. cit. Nov. 22. c. 47. § 2.

(22) Nov. 22. c. 46.

(23) Per le ragioni notate nella Nota 19.

(24) L. 7. § 1. C. *de Sct. Tertull.* (5. 56.)

(25) L. 2. C. *de jure. lib.* (8. 59.) § 4. J. *de Sct. Tertull.* (3. 3.)

devano gli *agnati* secondo l'antica guisa, colla sola modificazione che le agnate ebbero di nuovo un dritto ereditario illimitato (26), e che erano considerati come *agnati* non solo quelli che aveano patito una *adoptio minus plena*, ma anche coloro che per emancipazione erano usciti dalla famiglia, ed i loro discendenti (27).

3.° La classe *unde cognati*, come pure:

4.° La classe *unde vir et uxor* rimasero amendue interamente come nell'Editto del Pretore erano state introdotte, se pure non si voglia tener conto che molte persone fra quelle che da prima non potevano pervenire alla successione se non nella classe *unde cognati*, appartennero di poi alle classi precedenti. La disposizione di Teodosio II. che la *bonorum possessio unde vir et uxor* dovesse sempre essere *sine re* quando vi erano parenti, i quali non avessero a tempo fatta la domanda (28), fu per verità trasandata da Giustiniano nel suo Codice, ma è da notare che essa non avea più importanza; imperocchè si era già generalmente conceduto ad ogni più prossimo erede di revindicar l'eredità dal *bonorum possessor* più remoto (29).

Il Sistema di successione della Novella 118. (*)

§ 342. Il Sistema di successione, che abbiamo svolto trovasi tuttora nelle Pandette, nel Codice, e nelle Istituzioni; ma nella novella 118 pubblicata nel 543 Giustiniano stabilì pei parenti un ordine di successione interamente nuovo, il quale apparentemente non distingue che tre classi: discendenti, ascendenti, e collaterali, ma in realtà stabilisce quattro classi di eredi (1).

1.° Nella prima classe stanno tutt'i discendenti del defunto, dei quali i più lontani non succedono se non quando i più prossimi, per mezzo dei quali essi discendono dal defunto, sieno a questo premorti. I figli

(26) L. 14. pr. C. *de legit. hered.* (6. 58.)
(27) L. 11. L. 15. § 1. C. *eod.*
(28) V. § 340. Nota 12.
(29) V. § 303. in fine.
(*) *Buchel* Quistioni sulla Novella 118. *Marburg* 1839.
(1) Intorno a ciò si son composti i seguenti versi per ajuto della memoria:

Descendens omnis succedit ab ordine primo;
Ascendens propior, fratres et liberi eorum;
Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus;
Denique proximior reliquorum quisque superstet.

senza distinzione di sesso dividono la successione per capi, i nipoti poi i pronipoti o altri discendenti più lontani, per stirpi (2).

2.° La seconda classe è formata 1) dagli ascendenti del defunto, e quando ve ne sieno di diversi gradi, è formata sempre dai più prossimi, anche se i più lontani appartengano ad un'altra linea (3); 2) dai fratelli e dalle sorelle bilaterali del defunto; e 3) dai figliuoli ma non già dai nipoti dei fratelli o delle sorelle morte prima di colui, della cui successione si tratta (4). Certamente a questi figliuoli di fratelli o sorelle dalla Novella 118 non fu conceduto il dritto ereditario che in concorrenza coi fratelli e colle sorelle, in modo che erano interamente esclusi dagli ascendenti; ma più tardi Giustiniano li ammise anche in concorrenza con gli ascendenti (5). Qui la divisione è molto varia. 1) Se vi sono soli ascendenti, concorrendo ascendenti delle due linee dividono l'eredità secondo la linea, giacchè la metà del patrimonio ricade al lato paterno, e l'altra metà al lato materno, e nella stessa guisa si divide ulteriormente tra gli Avi (6). 2) Se concorrono ascendenti con fratelli e sorelle e figliuoli di fratelli e sorelle, gli ascendenti ottengono una porzione virile (7), egualmente che 3) i fratelli e le sorelle, che sempre ricevono una porzione virile (8); 4) i figliuoli poi di fratelli e sorelle tutt' insieme non ereditano se non la parte del fratello o della sorella, da cui discendono, e però succedono per istirpe (9), ed è cosa arbitraria l'eccettuarne il caso che siano soli, e farli allora venire alla divisione per capi (10). Del rimanente se i fra-

(2) Nov. 118. c. 1.
(3) Nov. 118. c. 2.
(4) Nov 118. c. 2. 3.
(5) Nov. 127. prooem. c. 1. Se qui si sta alle parole, per verità non è detto se non che i figliuoli di fratelli e sorelle debbano ereditare insieme con gli ascendenti e con i fratelli e le sorelle, e non si fa espressamente menzione del caso, in cui concorrono soltanto con gli ascendenti; ma questo è uno dei casi in cui si ha da scegliere fra un senso della legge ragionevole ed un altro contrario alla ragione; imperocchè non si comprenderebbe come Giustiniano avesse ammesso i figliuoli di fratelli e sorelle insieme con gli ascendenti soltanto allorchè questi venissero ristretti dalla concorrenza di fratelli e sorelle, e per contrario gli avesse esclusi nel caso in cui gli ascendenti avrebbero potuto meglio rilasciare qualche cosa.
(6) Nov. 118. c. 2.
(7) Nov. 118. c. 2.
(8) Nov. 118, c. 2, 3.
(9) Nov. 118. c. 3. Nov. 127. c.1.
(10) L'opinione contraria si fonda sulla ragione che così era anticamente L. 14. § 1. C. *de legit. hered.* (6. 58.); ma questo dipendeva da ciò, che anticamente nella classe *unde legitimi* la successione per gradi a parti eguali formava la regola, e che quantunque nel tempo posteriore i figliuoli di fratelli e sorelle fossero ammessi a succedere per istirpi

telli e le sorelle o i loro figliuoli sieno tuttora sotto la potestà del padre del defunto che concorre con essi, le loro porzioni ereditarie divengono un così detto *peculium adventitium extraordinarium*, sul quale il padre non ottiene l'usufrutto (11), quando già innanzi non l'abbia avuto, nel qual caso interamente lo conserva (12).

3.° Appartengono alla terza classe 1) i fratelli e le sorelle unilaterali di ogni specie, poco importando se abbiano comune col defunto il padre o la madre, e 2) i figliuoli ma non già i nipoti dei fratelli e delle sorelle unilaterali già morte, e qui la divisione si fa nello stesso modo che si osserva nella seconda classe tra i fratelli e le sorelle e i loro figliuoli (13).

4°. Da ultimo la quarta classe comprende tutti gli altri parenti secondo la prossimità del grado, per modo che i più prossimi escludono i più remoti, e quelli del medesimo grado ottengono una porzione virile, ma senza limitare la successione a certi determinati gradi di parentela (14), come prima si costumava per la classe *unde cognati* (15). Tutti gli eredi chiamati nella Novella son tenuti come *heredes juris civilis*. Il sesso e la diversità di agnazione e cognazione non è di alcuna importanza (16), come non è d' importanza un moltiplice legame di parentela (17). Di più così per rispetto al defunto come per rispetto all'erede è indifferente se il medesimo sia una persona indipendente o stia tuttora sotto la patria potestà (18), e quindi ora è cessata ezian-

insieme con i fratelli e le sorelle, pure subitochè si trovavano soli, non vi era più alcuna ragione di non applicare la regola generale. Ma la novella 118. non è fondata su questa regola. Nondimeno il Decreto imperiale del 1529. § 31 ha ammessa l'opinione contraria.

(11) Nov. 118. c. 2. verb.: « neque in hac specie etc. »

(12) Tal'è il caso quando il defunto stava ancora sotto la potestà, ed il patrimonio ereditato era un *peculium adventitium ordinarium* L. 7. § 1. C. *ad Sct. Tertull.* (6.56.) L. 11. C. *commun. de success.* (6. 59.) L. 3. L. 4. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(13) Nov. 118. c. 3. pr.

(14) Nov. 118. c. 3. § 1.

(15) V. § 337. Nota 15.

(16) Nov. 118. c. 4. 5. Nov. 158. prooem. Per conseguenza non solo rimane senza influenza la *capitis diminutio minima* di un erede, ma cessa anche l' *Edictum de conjungendis cum emancipato liberis* (§ 337. Nota 7.). giacchè l' emancipato esclude ora i suoi figliuoli rimasti sotto la patria potestà e nella famiglia del defunto.

(17) Soltanto nella *successio in stirpes* ed *in lineas* s'intende da sè che una moltiplice parentela può dare più porzioni, il che può avvenire 1.) allorchè ai bisavoli succedono de' pronipoti o viceversa, 2.) allorchè nella terza classe il defunto avea dei fratelli o delle sorelle unilaterali da due lati, i quali contrassero insieme matrimonio, e morirono lasciando figliuoli. *Gluck* Successione intestata § 40., e *Klupfer* dis n. 4. vanno troppo oltre

(18) Nov. 118. c. 1. 2.

dio la successione eccezionale nei peculii, che per l' innanzi avea luogo. Per verità rispetto al *peculium profectitium* rimane l' antica regola che esso ricade al padre, giacchè la Novella 118 non riguarda che il patrimonio proprio del defunto, e non è abolito il principio che quel peculio si appartenga al padre (19). Ma è tutt' altrimente pei peculii che sono un patrimonio particolare dei figliuoli, e quindi 1) pel *peculium castrense* e *quasi castrense*. Prima della Novella 118 su tal materia era opinione che, sebbene il figliuolo fosse tenuto come una persona indipendente, e potesse anche far un testamento, nondimeno ciò non si dovesse applicare che a suo proprio vantaggio, e quindi se egli fosse morto senza testamento, ritornasse in vigore l'antico dritto del padre su gli acquisti dei figliuoli e per conseguenza quei peculii ricadessero al padre. Nondimeno ciò era riguardato come una vera successione universale, il perchè il padre dovea assumere eziandio i debiti, pei quali, come nel *peculium profectitium*, era tenuto fra un anno, ed in sostanza era trattato interamente come un erede (20). Ma siccome la Novella 118 dee valere anche per la successione di coloro che son morti stando sotto la patria potestà, così qui dee aver luogo la successione ordinaria secondo la predetta Novella. 2) Pel così detto *peculium adventitium*. Questo certamente fin da principio non ricadeva al padre quando il possessore moriva, ma nondimeno l'ordine di successione era stabilito alquanto diversamente dalle regole ordinarie (21); del che ora non è più a far parola. Ed è parimenti cessato quel dritto ereditario particolare che nella successione dei figliuoli emancipati per l' innanzi apparteneva al padre in qualità di *patrono* (22), giacchè anche questo è inconciliabile col principio della Novella 118, che cioè non si debba aver riguardo se il morto fosse o no sotto la patria potestà.

(19) V. § 297. Nota 9.

(20) L. 20. § 10. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 44. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 18. pr. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 10. pr. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.) L. 1. L. 2. L. 17. pr. D. *de castr. pec.* (49. 17.) L. 5. C. *eod.* (12. 37.)

(21) L. 10. C. Th. *de maternis bonis* (8. 18.) L. 7. § 1. C. *ad Sct. Tertull.* (6. 56.) L. 11. C. *commun. de succ.* (6. 59.) L. 3. L. 4. L. 6. § 1. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) Confr. § 341.

(22) V. § 252. 253.

III. Teorica di compimento.

1) Successione in mancanza di eredi del sangue.

§ 343. Nella novella 118 Giustiniano, siccome espressamente fa notare, non ha voluto riformare se non l'ordine di successione dei parenti (1); e però la Novella non decide sul caso che non vi sien parenti, o che questi per qualsivoglia ragione non possano o non vogliano essere eredi, e quindi subentra qui per compimento il dritto antico. In conseguenza vi è luogo:

1.° Primamente alla *bonorum possessio unde vir et uxor* del dritto pretorio, allorchè è sopravvivente il conjuge legittimo e non separato per divorzio del defunto (2), il quale però nel termine legale della *agnitio* dee domandare la *bonorum possessio*, giacchè la teorica posteriore, la quale permise a tutt' i prossimi eredi di poter sempre far valere il loro dritto ereditario non fu stabilita che pei parenti (3).

2.° Ma se non vi sia neppure alcun conjuge sopravvivente, o se questi non pervenga alla successione, allora l'eredità, che vien detta bene senza padrone *bonum vacans*, per regola si devolve al fisco. Fin nelle dodici Tavole s' incontra un caso di tal fatta. Imperocchè le donne Vestali non potevano avere altri eredi che testamentarii, ed i beni che lasciavano erano per conseguenza senza padrone, tostochè erano morte senza testamento, ma allora erano raccolti dall'*aerarium populi* (4). Come la *lex Cornelia testamentaria* ebbe introdotta la nota *fictio legis Corneliae* aggiunse nel tempo istesso che, quando colui che moriva nella prigionia del nemico non lasciava alcun erede, la sua eredità dovesse parimente ricadere al Tesoro dello stato (5), e la *lex Papia Poppaea* infine elevò questo a regola generale, attribuendo tutt'i beni vacanti al Fisco (6). Intanto il Fisco fra quattro anni, dopo che la successione gli si è deferita, dee dichiarare la sua ac-

(1) Nov. 118. prooem.

(2) V. § 237. Nota 21.

(3) V. § 303. Nota 30.

(4) *Gell.* I. 12. In certo modo anche la successione nel patrimonio degli ostaggi si potrebbe qui annoverare V. § 317. Nota 7.

(5) L. 22. § 1. D. *de captivis* (49. 15.)

(6) Caj. II. 150.; Ulp. XXVIII. 7. L. 96. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 4. C. *de bon. vac.* (10. 10.) L. 4. C. *de praepos. sacri cubic:* (12. 5.)

cettazione (7). Ma se a tempo debito abbia ciò fatto, le cose come fiscali sono sottratte all'usucapione, e ciò retroattivamente dal momento in cui si è data notizia al Fisco del deferimento, e quindi solo l'usucapione che anteriormente fosse già compiuta rimane valida (8). Col patrimonio passano nel Fisco eziandio i debiti (9), e possono anche essergli imposti dei legati (10), anzi esso deve anche soddisfare i legati imposti semplicemente agli eredi, non altramente che se egli fosse l'erede (11). Nondimeno anche dopo l'accettazione esso può liberarsi da questa obbligazione abbandonando il patrimonio ai creditori (12). Se il patrimonio trovasi sparso in più Stati, in tal caso succede soltanto lo Stato nel quale il defunto avea il suo domicilio (13). Ma in certe circostanze secondo le costituzioni Imperiali alcune persone son preferite al Fisco nei beni vacanti (14). 1) Da prima un Rescritto di Marco Aurelio ordinò su tal proposito che, quando un testatore nel suo testamento abbia fatto delle manomissioni o dirette o fedecommessarie, e non solo gli eredi testamentarii abbiano rinunziato e reso *destitutum* il testamento, ma anche gli eredi ab intestato a cagione dei debiti abbiano ricusata l'eredità, cosicchè questa come bene vacante dovrebbe ricadere al Fisco, per favore della libertà, ciascuno degli schiavi manomessi che possa offrire una sufficiente cauzione di soddisfare interamente tutt'i creditori, e di mantenere tutte le manomissioni, debba avere il dritto di domandare che gli sia consegnata l'eredità invece degli eredi testamentarii, il che addimandasi *addictio bonorum libertatum servandarum causa* (15). Da prima ciò non si applicava al caso che si contenessero delle manomissioni fedecomessarie semplicemente in codicilli intestati, e che tutti gli eredi ab intestato rifiutassero l'eredità, nondimeno venne di poi anche esteso a questo caso (16); anzi più tardi fu esteso anche al

(7) L. 6. § 7. D. *si quis omissa causa test.* (29. 4.) L. 10. § 1. D. *de divers. temp. praescr.* (44. 3.) L. 1. § 2. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 1. C. *de quadrienn. praescr.* (7. 37.) C. *de bon. vac.* (10. 10.)

(8) § 9. J. *de usuc.* (2. 6.) L. 18. D. *de usurpat.* (41. 3.)

(9) L. 11. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 128. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.)

(10) L. 114. § 2. D. *de legat.* I. (30.)

(11) L. 96. § 1. D. *eod.* L. 6. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(12) L. 1. § 1. D. *de jure fisci* (49. 1.) L. 4. § 20. D. *de fideic. libert.* (40. 5.). Di altra opinione è *Gluck* successione intestata § 209. Nota 1.

(13) *Gluck* l. c. § 208.

(14) *Felleri* P. I. e II. de succ. eorum qui fisco praeferuntur. Lipsia 1773. 4.

(15) Pr. § 1-4. J. *de eo cui lib. causa bona add.* (3. 11.) L. 2-4. D. *de fideicomm. lib.* (40. 5.) L. 15. C. *de manum. test.* (7. 2.)

(16) § 3. J. *de eo cui lib. causa bona add.* (3. 11.)

caso che un debitore morto insolvibile avesse durante la sua vita manomesso degli schiavi, ma fosse poi sorta la quistione se queste manomissioni fossero invalide come fatte in frode dei creditori (17). Ancora di poi fu ammesso all'*addictio bonorum libertatum servandarum causa* ognuno che offrisse la richiesta cauzione,e quindi non i soli schiavi manomessi (18), e Giustiniano infine aggiunse ancora A. che l'*addictio* sia ammessa anche quando per essere stata l'eredità rifiutata eziandio dal Fisco fosse stata di già conceduta ai creditori la *missio in bona defuncti*, anzi anche quando già fosse seguita la vendita dei beni (19); B. che non si opponga all'*addictio* che la cauzione si limiti soltanto al pagamento di un tanto per cento sopra tutti i debiti,se i creditori vi abbiano consentito,ma per contrario la cauzione di lasciar sussistere solo una parte delle manomissioni non giovi,se non quando gli schiavi interessati posteriormente consentano a rimanere schiavi (20); e C. che anche più concorrenti possano ottenere insieme l'*addictio*,se l'uno non sopraimponga all'altro, la qual cosa si dee prendere in considerazione anche dopo che l'eredità sia stata attribuita ad uno(21).Ma mentre questa successione richiede un'*addictio* giudiziale, 2) Costantino e gl'imperadori che seguirono attribuirono immediatamente a certe persone un dritto legale sui beni vacanti, e per esse allora han vigore gl'istessi principi che valgono pel Fisco,tranne solo che le cose non son sottratte all'usucapione;e che non si può concedere a quelle persone il dritto di rifiutare i beni una volta accettati. Così A. se il morto era membro di una corporazione, i suoi beni vacanti ricadevano alla medesima (22), B. se era soldato, ricadevano alla *Vexillatio*, nella quale avea servito (23), C. se era decurione, ricadevano al *Collegium* della Curia (24), e D. se era ecclesiastico, ricadevano alla Chiesa, alla quale egli apparteneva (25). Oltre a ciò E. quando il Sovrano avea donato a più persone insieme qualche cosa, ed uno di questi *socii liberalitatis Principis* moriva senza erede, l'altro conseguiva

(17) § 6. J. *eod.* Confr. § 123. Nota 13. e 14.

(18) L. 15. pr. C. *de man. test.* (7. 2.). Non è esatto quando questo principio viene già attribuito alla costituzione di Marco Aurelio.

(19) L. 15. pr. C. cit.

(20) L. 15. § 1-3. C. *eod.*

(21) L. 15. § 4. C. *eod.*

(22) L. 1. L. 5. C. *de hered. decur.* (6. 62.)

(23) L. 2. L. 3. C. *eod.* L. un. C. Th. *de bon. mil.* (5. 4.). Una *vexillatio* si componeva di due coorti, quindi corrispondeva ad un nostro reggimento, giacchè una coorte si può assomigliare ad un nostro battaglione.

(24) L. 4. C. *de her. decur.* (6. 62.) L. un. C. Th. *eod.* (5. 2)

(25) L. 20. C. *de episc.* (1. 3.) L. un. C. Th. *de bon. cler.* (5. 3.)

anche la parte del dono che a costui si apparteneva(26). Per contrario i Comuni non hanno alcuna pretensione sui beni vacanti de' loro membri (27). Per regola veramente sono vacanti o senza eredi solo le intere eredità; nondimeno può avvenire che sia vacante una sola parte di un eredità, quando di più eredi uno abbia ottenuto la restituzione contro l'accettazione, giacchè in tal caso non ha luogo il dritto di accrescimento contro la volontà degli altri (28).

2) Successione straordinaria della vedova povera, e delle persone congiunte per concubinato.

§ 344. Con gli eredi ordinarii tanto testamentarii quanto *abintestato* possono per eccezione concorrere legalmente certe altre persone, per guisa che appartenga loro una parte determinata dell'eredità. Ciò si fonda sopra talune disposizioni di Giustiniano.

1.° Un caso di questa specie há luogo allorchè un uomo ricco muore lasciando una vedova povera (1). Da prima Giustiniano avea conceduto un egual dritto anche al vedovo di una donna ricca (2); ma più tardi limitò questa straordinaria successione alle sole vedove povere (3). Le condizioni di siffatta successione sono che il defunto abbia lasciato un patrimonio considerevole per rispetto al suo stato, e che la vedova non possegga un proprio patrimonio sufficiente al suo mantenimento, nè sia stata stabilita una dote o donazione *propter nuptias* da doverle appartenere, ma è indifferente se la vedova possa mantenersi col lavoro, ovvero se abbia o no la speranza di ottenere una volta un patrimonio (4). La parte dovuta alla vedova regolarmente ascende ad un quarto dell'eredità, salvo allorchè ella concorre con più di tre figliuoli del marito, nel qual caso non consegue che una porzione virile (5). Nondimeno si deduce da ciò quel che il marito gli ha forse legato, ma non già quel-

(26) L. un. C. *si liberalit. imperialis socius* (10. 14.) L. 1. L. 2. C. Th. *si petit. socius* (10. 14.)

(27) L. 1. C. *de bon. vacant.* (10. 10.)

(28) L. 55. L. 61. D. *de adquir. her.* (29. 2.)

(1) *Lohr* nel mag. per la legislazione e giurisprudenza vol. III. n. 10., il medesimo nell'Arch. per la prat. civ. vol. XXII. n. 1.; *Zimmern* quadro del dritto di eredità § 59. seg.

(2) Nov. 53, c. 6.

(3) Nov. 117, c. 5.

(4) Nov. 53. c. 6. § 2.

(5) Nov. 117. c. 5. Confr. appresso § 369. Nota 18-20.

lo che ella stessa possiede (6). Se gli eredi sono figliuoli del marito, ella ottiene sulla sua quota il semplice usufrutto, ma in altri casi ne ha la proprietà (7). Ma in amendue i casi ella dee sostenere una parte proporzionata dei debiti, se non che la sua responsabilità non si estende più oltre dell'ammontare della sua quota (8).

2.° Una somigliante successione può provenire dal concubinato (9). 1) Se muore un uomo lasciando una concubina o figliuoli di una concubina, questi debbono tutt'insieme avere un sesto dell'eredità, la qual porzione anche il Fisco è tenuto a dar loro dai beni vacanti, e queste si dividono tra loro per capi (10), presupposto però che il morto non abbia avuto più concubine nel tempo stesso, ovvero una concubina insiem con la moglie (11). 2) Ma reciprocamente anche alla morte di un figliuolo avuto dal concubinato il padre dee del pari avere un sesto dal patrimonio di costui (12). Questa successione non si può estendere ad altri illeciti congiungimenti, imperocchè in questi non si riconosce paternità (13). Ma non vi è ragione di considerare come abolite siffatte straordinarie successioni dopo la Novella 118., imperocchè esse non si oppongono al nuovo ordine di successione più che all'antico.

3) *Capacità di succedere nella successione intestata.*

§ 345. Nel silenzio della Novella 118 sopra le condizioni della capacità di poter divenire erede intestato, debbono anche in questo rapporto applicarsi per compimento gli antichi principi, in quanto sono conciliabili coi principii del nuovo ordine successorio. Quindi

1.° Per la successione dei parenti debb'esistere una parentela valida e riconosciuta. E però 1) tutti coloro che han patito una *capitis diminutio media o maxima* non possono nè ereditare dai loro primi parenti, nè averli ad eredi; imperocchè quì la parentela è civilmente estinta (1), ma una *capitis diminutio minima* non ha alcuna influenza (2),

(6) Nov. 53. c.6. § 1. 2.
(7) Nov. 117. c. 5.
(8) Nov. 53. c.6. § 1.
(9) *Hagen* de liber. natur. success. in bon. pat. Jenae 1815. 4.; *Mayer* Il dritto di successione intestata dei *lib. nat.* secondo il dritto Romano attuale. Tubingen 1838. 8.
(10) Nov. 18. c. 5. Nov. 89. c. 12. § 4.
(11) Nov. 18. c. 5. Nov. 89. c. 12. § 5.
(12) Nov. 89. c. 13.
(13) § 3. *de success. cogn.* (3. 5.). Di altra opinione è *Hagen* l. c. c. 5. e 6.
(1) V. § 101. Nota 6.
(2) V. § 342. Nota 15.

essendochè essa lascia sussistere il legame del sangue (3), salvo allorchè la parentela non sia fondata che sulla sola adozione, nel qual caso con l'uscire dalla famiglia interamente si estingue (4). Simigliantemente 2) coloro, la cui parentela è stata sconosciuta da una sentenza passata in giudicato, non possono trasmettere l'eredità nè essere eredi in qualità di parenti (5). 3) La nascita fuori di matrimonio A. salvo la successione straordinaria pel concubinato (6), non produce dal lato paterno alcun dritto ereditario (7), se non quando abbia avuto luogo la legittimazione (8), e nella *legitimatio per curiae dationem* trovasi anche la restrizione, che questa produce effetto soltanto per rispetto al padre medesimo, ma non già per rispetto ai suoi parenti (9); per contrario B. per rapporto alla madre ed ai parenti materni i figliuoli illegittimi sono qui eguagliati ai legittimi (10). 4) L'adozione e l'arrogazione per regola producono dritti ereditarii in due famiglie, giacchè ora continuano i dritti di successione nella famiglia naturale (11), ma nel tempo stesso l'adottato si ritiene come legittimo parente del suo padre adottivo e degli agnati di costui (12). Nondimeno in questo ultimo rapporto s'incontrano delle eccezioni: A. allorchè l'adottato sia nuovamente uscito dalla famiglia adottiva (13); B. nell'adozione da parte di una donna, per la quale nasce soltanto un dritto ereditario dell' adottato verso la madre adottiva (14); e C. nella così detta *adoptio minus plena*, per la quale nasce soltanto un dritto ereditario del medesimo verso il padre adottivo (15). 5) Siccome i figliuoli di una donna, che alcuno in un pub-

(3) V. § 101. Nota 7.

(4) § 10. 11. J. *de hered. quae ab intest*, (3. 1.) V. § 101. Nota 8.

(5) L. 3. pr. D. *de agnosc. et al. lib.* (25. 3.)

(6) § 4. J. *de succ. cogn.* (3. 5.) § 12. J. *de nupt.* (1. 10.)

(7) V. § 344. Nota 10-12.

(8) L. 10. C. *de natur. lib.* (5. 27.) Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 8. 9.

(9) Nov. 89. c. 4.

(10) § 7. J. *de Sct. Tertull.* (3, 3.) § 8 J. *de Sct. Orphit.* (3. 4.) L. 2. L. 4. L. 9. D. *unde cogn*, (38. 8.) L. 1. § 2. L. 2. § 1, D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.)

(11) V. § 342. Nota 16.

(12) L. 7. L. 23. L. 26. D. *de adopt.* (1. 7.) L. 10. § 1. C. *eod.* (8. 48). Il principio di questi passi che la parentela adottiva si estenda soltanto agli agnati e non già ai cognati ed alla moglie del padre adottivo, a rigore ora dovrebbe cessare per la successione; imperocchè la Novella 118. c. 4. dispone di non riguardarsi l'agnazione. Ma ciò sarebbe portar troppo oltre la conseguenza.

(13) V. Nota 4.

(14) L. 5. C. *eod.* § 10. J. *eod.* (1. 11.) V. § 97. Nota 58.

(15) L. 10. C. *eod.* § 2. J. *eod.* § 14. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.) V. § 97. Nota 55.

blico titolo abbia dichiarato per suoi figliuoli, secondo la prescrizione di Giustiniano, debbono esser tenuti come tali per tutt' i rapporti, purchè il medesimo abbia potuto contrar matrimonio colla madre (16), così da una siffatta dichiarazione ne risultano eziandio quei dritti ereditarii di parentela, che sarebbero risultati in caso di nascita legittima dei figliuoli.

2.° Nella successione dei conjugi, compresa la successione straordinaria della vedova povera, richiedesi del pari che il matrimonio sia stato valido, e non siasi sciolto per divorzio prima della morte, imperocchè un matrimonio nullo non può produrre alcun dritto matrimoniale (17), e pel divorzio tutti questi dritti vanno via (18).

3.° Di più è mestieri che non vi sia alcuna ragione legale e speciale di esclusione dalla successione, ed una siffatta esclusione, prescindendo dalla incapacità generale di succedere (19), colpisce 1) i figliuoli illegittimi di una *mater illustris*, quando vi sono eziandio figliuoli legittimi (20). 2) Le vedove, che non hanno osservato l'anno del lutto, se il morto non sia con esse parente fra il terzo grado (21). 3) I fratelli e le sorelle del defunto, che abbiano attentato alla sua vita, o l'abbiano accusato, o abbiano tentato dolosamente di fargli perdere il patrimonio (22). 4) I più prossimi eredi ab intestato *in concreto*, i quali abbiano trascurato di far nominare un tutore, quando ve n' era mestieri, a colui alla cui successione son chiamati (23). 5) I parenti che abbiano contratto col defunto un matrimonio incestuoso, o che per mezzo di un siffatto congiungimento discendono da lui (24). E 6) i parenti che non abbiano avuto cura del morto allorchè era demente, sebbene ne fossero stati richiesti (25).

4.° Per la quistione di sapere quali siano i parenti più prossimi relativamente al dritto di succedere si vuol por mente in prima al momento

(16) Nov. 117. c. 2.

(17) V. § 103. Nota 16.

(18) V. § 115. Nota 2.

(19) V. § 309.

(20) L. 5. C. *de Sct. Orphitiano* (6. 57.)

(21) L. 1. C. *de secund. nupt.* (5. 9.) Nov. 22. c. 22. Nov. 39. c. 2. Qui anche i dritti di successione della vedova debbono come tali andar perduti; imperocchè il suo defunto marito non poteva essere un suo parente del terzo grado.

(22) Nov. 22. c. 47. pr.

(23) § 6. J. *ad Sct. Tertull.* (3. 3.) L. 2. § 23-40. D. *eod.* (38. 17.) L. 10. C. *de legit. hered.* (6. 58.) V. § 140.

(24) L. 6. C. *de incest. nupt.* (5. 5.) Nov. 12. prooem. c. 1. Nov. 74. c. 6. Nov. 89. c. 15.

(25) Nov. 115. c. 3. § 12. c. 4. § 6.

della morte di colui, della successione del quale si tratta; ma quando siavi stato un testamento, al momento in cui fu fermato che gli eredi testamentarii non verrebbero alla successione (26), e quando la successione per difetto di eredi più prossimi sia deferita ai più lontani, al momento in cui gli eredi immediatamente precedenti son mancati (27). Ma quei soli parenti hanno un dritto ereditario che alla morte del defunto erano almeno conceputi (28), non si richiede però che in quel momento fossero anche nati, imperocchè non solo i figliuoli postumi del defunto, ma anche gli altri parenti postumi possono ereditare (29), e quando siasi nell'aspettativa di siffatti eredi, e vogliasi anticipatamente procedere ad una divisione di eredità, bisogna anche supporre che nascano tre figliuoli ad un parto (30). Del rimanente tutti gli eredi intestati suceedono in forza di un dritto proprio, *jure proprio*, ed una successione *jure repraesentationis*, nel senso che i parenti più lontani per poter rappresentare i più prossimi, per mezzo de' quali son congiunti in parentela col defunto, abbiano bisogno di aver acquistato la loro eredità, e di avere da essi in certo modo ereditato il loro dritto di successione, è interamente sconosciuta nel dritto Romano anche pei parenti che succedono soltanto in *stirpes*, e ciò tanto pei figliuoli di fratelli e sorelle (31), quanto pei nipoti (32).

4) *Divisione dei genitori tra i figliuoli.*

§ 346. Sebbene in generale non sia in facoltà del defunto di modificare nella successione intestata le regole legali intorno alla divisio-

(26) § 6. J. *de legit. agnat. succ.* (3. 2.) *Gluck* Successione intestata: § 20.

(27) L. 8. § 1. D. *de suis et legit.* (38. 16.)

(28) § 8. J. *de her. quae ab intest.* (3. 1.) L. 6. pr. D. *de injusto* (28. 3.) L. 1. pr. L. 10. D. *de ventre* (37. 9.) L. 1. § 8. D. *unde cognati* (38. 8.) L. 6. L. 7. L. 8. D. *de suis et legit.* (38. 16.). Di altra opinione a cagione della Nov. 118, sono *Griesinger* Storia della suità p. 293.; *Gluck* Successione intestata p. 388. seg.; *Rosshirt* Introduzione al dritto ereditario p. 300.; *Mackeldey* Istituzioni § 617.; *Lobenstern* nel giornale di Giess. vol. IX. p. 215. V. al contrario *Buchel* Quistioni sulla Nov. 118. n. 1.

(29) L. 127. D. *de legat.* I. (30.) ed i testi citati nella Nota 26. Del resto secondo Dion. Hal. III. 50. pare che nel tempo più antico i postumi non avessero avuto alcun dritto ereditario. Ma ciò dovè ben per tempo esser mutato, forse dalle stesse dodici Tavole.

(30) L. 3. L. 4. D. *si pars her. pet.* (5. 4.) L. 28. § 5. D. *de judic.* (5. 1.)

(31) *Gmelin* Histor. repraesentationis ex jure civ. Tubing. 1787. 4. Di altra opinione sono *Heisler* diss. de fratr. germ. lib. jure repraes. succedentibus in exerc. acad. Halae 1776. Nov. 10.; *Gluck* l. c. p. 105.

(32) Non si oppone L. 3. C. *unde lib.* (6. 14.) L. 5. C. Th. *de matern. bon.* (8. 18.) Confr. *Gluck* l. c. p. 106.

ne, nondimeno ciò patisce un' eccezione nella prima classe, in cui fin dall'antichità fu ammesso il dritto della *divisio parentis inter liberos*, cioè la facoltà che ha il padre di famiglia di determinare in che modo i discendenti che ereditano da lui debbano in generale o in alcuni particolari rapporti dividere la successione. Il padre di famiglia può non solo disporre che un solo dei discendenti debba ottener certe cose o crediti per la sua parte (1), ovvero addossarsi egli solo alcuni debiti (2), ma può anche disporre una divisione disuguale (3) così immediatamente come mediatamente dispensandolo dalla collazione (4), o ordinando la collazione quando non dovrebbe aver luogo (5). L' ineguaglianza però non deve andar tant'oltre, che ne resti lesa la legittima d' un discendente (6). Ancora gli eredi non son tenuti all'ammontare del patrimonio che il morto avesse indicato, allorchè questa indicazione sia inesatta (7). Per siffatta disposizione non eravi secondo il dritto antico alcuna determinata forma (8), anzi Costantino avea ordinato che i testamenti incompiuti, in cui fossero istituiti dei discendenti, e determinate le loro porzioni ereditarie, dovessero nella successione intestata esser presi in considerazione per la divisione (9). Ma Giustiniano dispose che il testatore debba assolutamente ridurre in iscritto le sue disposizioni ed o sottoscriverle egli medesimo, o farle sottoscrivere dai discendenti interessati (10). Infino a che solo per la successione dei maschi fuvvi una classe speciale di discendenti, naturalmente solo i maschi poteano imprendere una divisione di tal fatta, ma dopo il Senato-consulto Orfiziano anche le donne ne ebbero il dritto (11). Per la novella 118, in questo rapporto non fu nulla immediatamente innovato, ma sibbene per modo di conseguenza, in quanto essa ammette eziandio una successione nei peculii, in cui il dritto della divisione dei genitori ora dipende dal vedere se il figlio di famiglia morto avrebbe o

(1) L. 32. L. 34. L. 39. § 5. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 21. C. *eod.* (3. 36.) L. 10. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.)

(2) L. 20. § 3. 5. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(3) L. 39. § 1. D. *eod.*

(4) V. § 359. Nota 12.

(5) V. § 359. Nota 57. e 59.

(6) L. 8, C. *de inoff. test.* (3. 28.) L. 16. L. 21. L. 26. C. *fam. herc.* (3. 36.)

(7) L. 10. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.) Confr. nondimeno § 357. Nota 57.

(8) L. 20. § 3. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 16. L. 21. L. 26. C. *eod.* (3. 36.)

(9) L. 1. C. Th. *fam. herc.* (2. 24.) L. 26. C. *eod.* (3. 36.)

(10) Nov. 18. c. 7. Nov. 107. c. 3.

(11) E perciò nelle posteriori Costituzioni intorno a questa divisione parlasi semplicemente di *parentes*.

no potuto fare un testamento (12). Anche le disposizioni dei genitori intorno alla divisione, come una specie di disposizioni di ultima volontà, son sempre rivocabili (13).

CAPITOLO V.

DELLA SUCCESSIONE CONTRO UN TESTAMENTO (*).

I. Antichi principi prima della Novella 115.

1) *Diseredazione e preterizione dei figliuoli del testatore.*

A. Secondo il dritto civile antico.

§ 347. Nel dritto Romano più antico non s' incontra che un testatore fosse tenuto di aver riguardo ad eredi intestati di qualunque maniera; e questo stato di cose rimase ancora quando le leggi delle dodici Tavole dispensarono i testamenti dalla necessità dell'approvazione del popolo (1). Nondimeno in ciò eravi non solo una certa durezza, ma anche una inconseguenza quando facevasi testamento da un uomo che o già avea o veniva di poi ad avere de' figliuoli sotto la sua potestà, giacchè ogni acquisto di questi figliuoli si trovava nel patrimonio paterno e per questo appunto essi medesimi ne erano riputati comproprietarii (2). Per conseguenza poco dopo le dodici Tavole fu arrecata una restrizione alla libertà di testare, quantunque senza una precisa legge e per la sola interpetrazione dei Giureconsulti, es-

(12) Imperocchè chi non può far testamento, è anche escluso da qualunque altro atto di ultima volontà § 317. Nota 1., e quindi un *filius familias* che lascia ai suoi figliuoli un *peculium castrense* o *quasi castrense* ha la facoltà di far la divisione ma non già colui il quale non ha che un semplice *peculium adventitium* § 317. Nota 30. e 31.

(13) V. § 326. Nota 9. 29. 30.

(*) *L. Van de Poll.* lib. sing. de exhered. et praeterit. Rom. ac hodierna. Amstel 1700. 4.; C. *Hoffacker* diss. sistens histor. jur. civ. de exhered. et praeterit. lib. Tubingae 1782. 4.; *Foerster* de b.p. liberor. praeteritorum c. t. parentum. Praemissa est Disp. de suis hered. aut institut. aut exhered. Uratislav. 1823. 8.: *Meno Balett* pract. theor. diss. Gott. 1824. 8. n. 4.; il medesimo Dritto degli eredi necessarii Gott. 1826. 8.; *Bluntschli* Esposizione della successione contro le ultime volontà Bonn. 1829. 8; *Francke* Il dritto degli eredi necessarii e legittimarii Gott. 1831. 8.

(1) V. § 319.

(2) V. § 93.

sendochè nella pratica fu ammesso il principio che una persona, allorchè fa un testamento debba istituire eredi,o espressamente diseredare non solo i figliuoli che si trovano di già sotto la sua potestà, ma anche quelli che potrà avere in seguito, *sui et posthumi aut instituendi aut exheredandi sunt*(3), e che quando i medesimi sieno trasandati,si debba presumere una dimenticanza da parte del testatore,o un errore del medesimo intorno alla loro vita;e che quindi sia conforme alla sua verisimile volontà che un tal testamento sia tenuto invalido (4).Se il testatore nominava nel tempo istesso eredi diretti e sostituti,la diseredazione dovea seguire in maniera generale e non semplicemente pel caso che gli eredi diretti, o pel caso che certi sostituti pervenissero alla successione, altrimenti la diseredazione veniva assomigliata ad una preterizione (5). Per contrario non si richiedeva una ragione della diseredazione, giacchè quel che importava era solo di allontanare i dubbi intorno all'intenzione del padre, e certamente non si poteano più muover dubbi, subitochè i figli erano espressamente diseredati. Ma per essere interamente sicuri intorno a ciò richiedevasi eziandio pei figliuoli, che fossero nominatamente diseredati,il che pei figliuoli esistenti doveasi fare coll'indicazione del loro nome, e pei postumi, con una precisa dichiarazione che i figliuoli i quali per ventura sopravvenisseso dovessero rimaner diseredati(6); ma per rispetto alle figliuole ed ai nipoti bastava una così detta *exheredatio inter caeteros*, mediante la clausola aggiunta alle istituzioni di erede: *caeteri exheredes sunto*, purchè però, se le figliuole o nipoti fosser nati posteriormente, il testatore avesse loro lasciato qualche legato, e dato a vedere per questo mezzo che egli realmente avea pensato ad essi, giacchè altrimenti anche costoro senza una diseredazione *nominatim* si ritenevano come trasandati e dimenticati (7). Nel caso dell'istituzione di *sui* o *posthumi* potevano a questa aggiungnersi delle

(3) Caj. II. 123. 130.; Ulp. XXII. 14. 15. 19.; pr. § 1. 2. J. *de exher. lib.* (2. 13.) L. 30. D. *de lib. et posth.* (28, 2.); Augusto una volta vietò interamente la diseredazione dei figliuoli che erano soldati. Ma ciò non durò che per poco tempo L. 26. D. *eod.*

(4) Cic. de Orat. I. 39.; *Francke* l. c. § 2.

(5) L. 3. § 1-6. L. 8, L. 14. pr. § 1. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 1. C. *de lib. praeter.* (6. 28.)

(6) Caj. II. 123. 127. 132.; Ulp. XXII. 20. 21.; § 1. J. *de exher. lib.* (2. 13.) L. 1. L. 2. L. 3. pr. § 5. L. 17. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 3. pr. D. *de injusto* (28. 3.)

(7) Caj. II. 128. 132. 134.; Ulp. XXII. 20 22.; pr. § 1. J. *de exher. lib.* (2. 13.) L. 4. § 2. C. *de lib. praeter.* (6. 28.)

condizioni (8), ma all' istituzione di figliuoli non potevano aggiugnersi che condizioni potestative, altrimenti l' istituzione sarebbesi riguardata come non avvenuta (9). Se si fosse disposto contro questi principii, allora 1) la preterizione del pari che l' istituzione o la diseredazione non regolare di un figliuolo esistente, la quale alla preterizione veniva assomigliata avea per effetto la nullità dell' intero testamento (10), senza che esso potesse convalidarsi per la morte del figliuolo trasandato avvenuta durante la vita del testatore, ancorachè i Proculiani sostenessero l' opposto (11); al contrario 2) le figliuole e i nipoti trasandati venivano soltanto ad aggiugnersi agli eredi testamentari istituiti, cioè erano riguardati come istituiti in una porzione virile insieme con gli altri (12). 3) Per ciò che riguarda la preterizione dei figliuoli postumi, essa rimaneva senza importanza, allorchè questi non sopravvenivano, ma se il testatore veniva ad averne, senza distinzione se fosser maschi o femine o nipoti, il testamento per questo diveniva *ipso jure* invalido, *posthumus agnascendo rumpit testamentum* (13), e lo stesso effetto seguiva allorchè erano stati istituiti sotto condizione, ed eran nati prima che la condizione si fosse verificata (14). In ciò non si ponea mente neppure alla perfetta conformazione e vitalità dei figliuoli, sol che fossero momentaneamente usciti vivi alla luce (15), e Giustiniano rigettò l' opinione dei Sabiniani, i quali richiedevano che il fanciullo avesse almeno vagito (16). Non per tanto l' Editto del Pretore dava agli eredi testamentarii la *bonorum possessio secundum Tabulas*, quando i figliuoli posteriormente nati fosser premorti al testatore, essendochè qui la regola Catoniana non impediva che il testamento ac-

(8) L. 22. L. 24. D. *de lib. et posth.* (28. 2.)

(9) L. 4. L. 5. L. 6. pr. L. 56. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 15. L. 28. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 83. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 20. § 4. D. *de oper. lib.* (38. 2.) L. 4. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(10) Caj. II. 123.; Ulp. XXII. 16.; pr. J. *de exher. lib.* (2. 13.) L. 30. L. 32. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 1. L. 3. § 3. D. *de injusto* (28. 3.)

(11) Caj. II. 123. pr. J. *de exher. lib.* (2. 13.) L. 7. D. *de lib. et posth*, (28. 2.). Non si oppone L. 20. D. *eod.* in cui può essersi inteso parlare di una condizione potestativa.

(12) Caj. II. 124. Ulp. XXII. 17.; pr. J. *de exher. lib.* (2. 13.)

(13) Cic. de Orat. I. 57.; Caj. II. 131.; Ulp. XXII. 18. XXIII. 2. 3.; § 1. J. *de exher. lib.* (2. 13.) L. 12. L. 22. L. 24. L. 30. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 1. L. 3. D. *de injusto* (28. 3.) L. 22. § 4. D. *de captiv.* (49. 15.)

(14) L. 24. D. *de lib. et posth.* (28. 2.)

(15) L. 12. D. *eod.* L. 2. C. *de posthumis* (6. 29.)

(16) L. 3. C. *eod.*

quistasse valore (17). Tra i postumi che doveano esser considerati nel testamento paterno s'intendevano non solo i postumi in senso stretto e proprio, cioè quelli che nascevano dopo la morte del padre, ma anche tutt'i *sui heredes* sopravvenuti dopo la formazione del testamento (18). Pure è qui da avvertire una differenza essenziale; imperocchè, sebbene fin dal principio della nuova teoria fosse ammesso che tutti i *sui heredes* che un testatore veniva ad avere dopo la formazione del testamento, pel loro sopraggiungere invalidassero il testamento, pure non venne se non a poco a poco a formarsi la regola che questo effetto potesse evitarsi per tutti mediante l'istituzione o la diseredazione (19). A. La giurisprudenza antica si tenne strettamente alla nozione dei *posthumi* in senso proprio, mentre riferì esclusivamente ai figliuoli nati dopo la morte del padre l'*institutio posthumi sui* che fin dagli antichi tempi erasi ammessa, e quindi non riguardò come valida ed efficace l'istituzione o la diseredazione de' postumi, anticipatamente fatta, se non quando sopravvenivano de' postumi di tal fatta, il che la *lex Junia Velleja* per la prima volta cambiò (20). E però allorchè a) nascevano de' figli vivendo ancora il testatore, non giovava per nulla che il testamento contenesse un' istituzione o diseredazione dei figliuoli futuri, imperocchè ciò non si applicava a quei che non appartenevano ai veri postumi, e per conseguenza i medesimi si doveano riguardare come *sui heredes* non considerati nel testamento, i quali sempre rendevano invalido il testamento. Il medesimo valeva b) allorchè il testatore per un mezzo giuridico otteneva dei figliuoli, sia perchè gli adottasse (21), sia perchè ricevesse

(17) L. 12. pr. D. *de injusto* (28. 3.)

(18) Caj. II. 133.; § 2. J. *de exher. lib.* (2. 13.) L. 3. § 1. D. *de injusto* (28. 3.)

(19) *Francke* l. c. § 3.; *Muhlenbruch* nella Spiegazione sistematica delle Pand. di *Gluck* vol. XXXVI. § 1421.

(20) Ulp. XXII. 19. « Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus heredes instituere, si quidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili; si vero viventibus nobis, ex lege Julia. » La *lex Julia* qui è un'alterazione, imperocchè si dee intendere della *lex Junia Velleja*. Confr. § 2. J. *de exher. lib.* (2.13.). Incontrasi un *posthumus* affatto singolare nella L. 15. D. *de injusto* (28. 3.), quando cioè un testatore lasciando una vedova incinta è caduto in potere del nemico, e quivi è morto. Siccome egli per la *fictio legis Corneliae* si riteneva per morto nel momento della cattura, così il figliuolo nato in quell' intervallo si riteneva come posthumus, e rompeva il testamento, quando non vi era stato considerato. Questo è il *posthumus Cornelianus* dei compendii. Quando poi questi parlano anche di *posthumi Aquiliani* e *Vellejani*, p.es. *Hopfner* Commentar. § 483. Nota 3., ciò è fondato sopra una falsa intelligenza V. Nota 33. 38. 40.

(21) Caj. II. 138-140.; Ulp. XXIII. 3.; L. 23. L. 28. § 1. D. *de lib. et posth.*

un'*uxor in manu* (22), o perchè mediante la *causae probatio* venissero de'figliuoli sotto la sua potestà (23), il qual caso d'invalidamento del testamento per verità non potè presentarsi che dopo la *lex Aelia Sentia*, ma da principio era ammesso anche quando i figliuoli imprendevano la *causae probatio* dopo la morte del padre, finchè un senato-consulto sotto Adriano non l'ebbe corretto (24). Per i *sui heredes* sopravvenuti per una via giuridica originariamente non si riguardava neppure se essi personalmente, ma non come figliuoli postumi, fossero stati istituiti o diseredati nel testamento anteriormente fatto (25), il che non per tanto fu riprovato da' Giureconsulti classici che seguirono (26), da prima veramente solo pel caso che un *suus heres* istituito o diseredato fosse uscito dalla famiglia, e di poi fosse stato nuovamente adottato da suo padre, ma posteriormente anche per altri casi (27). Furono c) anche applicati dei principii in parte eguali allorchè un figliuolo che al tempo della formazione del testamento non stava sotto la potestà del testatore, vi fosse più tardi ricaduto, come quando un figliuolo alienato, per la manomissione da parte del padrone, ricadeva in potere del padre (28), o quando i figliuoli ritornavano dalla prigionia del nemico (29), o quando un figliuolo, che in qualità di soldato avea testato sul suo peculio castrense, cessava dal servizio militare, e di poi per la morte di suo padre acquistava la sua potestà sopra i suoi figliuoli (30). Certamente nei predetti casi l'istituzione o la diseredazione personale di questi figliuoli impediva la nullità del testamento (31), ma la semplice istituzione o diseredazione di figliuoli postumi non proteggeva il testamento, sebbene la preterizione di quei figliuoli non nuoceva, quando non venissero dipoi nella potestà del

(28. 2.) L. 8. pr. L. 18. D. *de injusto* (28. 3.) L. 8. § 7-14. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

(22) Caj. l. c.; Ulp. l. c.

(23) Caj. II. 142.

(24) Caj. II. 143.

(25) Caj. II. 140-142.

(26) La *lex Junia Velleja* non riguardava questo caso, e da ciò si fa chiaro come di esso più tardi si potè far quistione.

(27) L. 23. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 18. D. *de injusto* (28. 3.) L. 7. § 7. 8 D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

(28) Caj. II. 141.; Ulp. l. c.; L. 8. § 1. D. *de injusto* (28. 3.)

(29) L. 31. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 6. § 1. 2. L. 10. D. *de injusto* (28. 3.) L. 8. L. 9. L. 15. D. *de captiv.* (49. 15.)

(30) L. 28. § 1. D. *de lib. et posth.* (28. 2.)

(31) L. 28. § 1. D. cit. L. 10. D. *de injusto* (28. 3.) L. 7. § D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

testatore (32). Finalmente d) il testamento rompevasi anche allorchè dei nipoti o pronipoti, i quali al tempo della formazione del testamento non erano *sui heredes*, divenivano tali per esser morto o uscito dalla famiglia il figliuolo dal quale discendevano, mentre anch'essi non appartenevano a quei *posthumi*, ai quali l' istituzione o la diseredazione dei postumi si riferiva. Ma appunto questo caso fece sviare in prima dall' antico rigore su tal materia. B. In fatti il Giureconsulto Aquilio Gallo stabilì il principio ricevuto dalla pratica che si dovesse ammettere di poter istituire i nipoti e le nipoti pel caso che il figliuolo, dal quale discendono, venisse a morire prima del testatore (33). Ma per quanto estesamente si intendesse questo principio e segnatamente si estendesse anche ai pronipoti ed ai più rimoti discendenti (34); pure rimase sempre troppo ristretto (35), essendochè non riguardava neppure il caso che il figliuolo fosse non già morto ma uscito dalla famiglia, e molto meno gli altri casi di sopravvegnenza di un *suus heres*, ed inoltre permetteva soltanto l' istituzione e non già anche la diseredazione dei nipoti divenuti *sui heredes* per la morte del figliuolo. Il perchè C. sotto Augusto an. 763. (10 dopo Cr.) fu pubblicata la *lex Junia Velleja* (36), la quale tolse via parecchi casi di nullità di testamenti (37) disponendo: a) che un testatore potesse validamente istituire o diseredare tutt'i futuri *sui heredes* di sesso maschile (38) (dove la considerazione del sesso maschile proveniva dal divieto di istituire le donne giusta la *lex Voconia* che a quel tempo era in voga) (39), e b) che quando un discendente più rimoto diveniva *suus heres*, per esser venuto in qualsivoglia modo a mancare un discendente più prossimo, la sua istituzione anticipatamente fatta dovesse del pari mantenere il testamento (40). Per verità sembra che le parole della legge, le quali non conosciamo che imperfettamente, non avessero un senso

(32) L. 29. § 10. L. 31. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 6. § 1. 2. D. *de injusto* 28. 3.)

(33) L. 29. pr. D. *de lib. et posth.* (28. 2.)

(34) L. 29. § 1-4. D. *eod.*

(35) L. 29. § 13. D. *eod.*

(36) La mia St. § 98.

(37) L. 29. § 6. D. *eod.*

(38) L. 29. § 11. 12. D. *eod.* L. 3. § 1. D. *de injusto* (28. 3.)

(39) V. § 318. Nota 40. seg.

(40) L. 29. § 13. 14. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 13. D. *de injusto* (28. 3.) L. 6. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 2. pr. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) L. 2. C. *de lib. praeter.* (6. 28.) L. 34. C. *de inoff. test.* (3. 28.) § 2. J. *de exher. lib.* (2. 13.) Theoph. ad h. l. Confr. anche L. 10. § 2. D. *de test. tut.* (26. 2.

così generale e per conseguenza si potessero dare ancora dei casi, nei quali una istituzione o diseredazione di postumi corrispondente alla legge, secondo l'interpetrazione letterale della medesima non avrebbe avuto effetto pei *sui heredes* sopravvenuti dopo la formazione del testamento, e quindi costoro avrebber potuto far cadere il testamento (41); nondimeno fu tenuto come conforme allo spirito della legge il dichiarare per modo generale valida l'istituzione o diseredazione dei futuri *sui heredes* a fine di mantenere in vigore i testamenti (42), ed ancora, dopo che fu caduta la *lex Voconia*, i *sui heredes* di sesso feminile furono sotto questo rapporto assomigliati ai maschi (43), e in conformità di ciò noi troviamo presso i Giureconsulti classici già praticamente stabilita la regola che tutti i futuri *sui heredes* potessero e dovessero essere istituiti o diseredati, ma che sempre per questo mezzo la nullità del testamento non si evitasse se non in quanto l'istituzione o diseredazione non fosse espressamente ristretta soltanto ad alcuni casi determinati, sebbene intorno alla generalità di quella regola si conservò sempre qualche scrupolo, che Giustiniano fu il primo a dissipare (44). Tutta questa teorica in generale non riguardava i discendenti che non si trovavano sotto la potestà del testatore (45), e Giustiniano perciò escluse anche gli adottati *minus plene* da lui introdotti (46) dal dritto di dover essere istituiti o diseredati (47). Oltre a ciò dalle predette regole i soldati erano dispensati in ciò, che la preterizione dei loro *sui* e *posthumi* valeva come diseredazione, quando non fosse provato di non essere stati trasandati se non per l'ignoranza della loro esistenza (48).

B. Secondo l'Editto del Pretore e le costituzioni Imperiali (*).

Bonorum possessio contra Tabulas.

§ 348. Ai principii del dritto civile che abbiamo svolti si rannodano

(41) L. 29. § 5. 6. 15. 16. D. *de lib. et posth.* (28.2.) Sopra le diverse restituzioni della *lex Junia Velleja* veggasi *Muhlenbruch* l. c. p. 202. seg.
(42) L. 29. § 5. D. *eod.*
(43) Confr. p. es. L. 24. L. 25. pr. D. *eod.*
(44) L. 4. C. *de posthumis* (6. 29.)
(45) § 7. J. *de exher. lib.* (2. 13.)
(46) V. § 97. Nota 10.
(47) L. 10. § 1. C. *de adopt.* (8. 48.) § 5. J. *de exher. lib.* (2.13.)
(48) § 6. J. *eod.* L. 9. 10. C. *de test. mil.* (6.21.)
(*) *Forster* l. c.; *W. Uhrig* diss. sugli effetti della bon. poss. c. t. Wurzb. 1844. 8.

par ecchie disposizioni dell'Editto, le quali, sebbene indirettamente vennero per diversi lati a modificarli:

1.° Siccome l'Editto avea chiamati alla successione intestata insieme coi *sui heredes* anche i figliuoli emancipati (1), così per una giusta conseguenza richiese che si fosse avuta per essi una egual considerazione nel testamento paterno, e diè loro parimente il dritto d' impugnare il testamento quando fossero trasandati, o non istituiti o diseredati convenevolmente (2), il che la pratica estese eziandio a quei che in forza di una così detta *bonorum possessio decretalis* venivano assomigliati ai figliuoli emancipati (3), e segnatamente ai discendenti di costoro (4), ed ai figliuoli che eran dati in adozione ad un altro, ma da questo erano stati nuovamente emancipati (5).

2.° Egualmente che tutti gli eredi, naturalmente anche i figliuoli, che avean dritto alla successione contro un testamento, per essere questo o nullo o rotto per la preterizione di uno o più di loro, furono nell'Editto invitati a domandare la *bonorum possessio*, la quale in tal caso fu detta *bonorum possessio contra Tabulas* (6), e non solo i figliuoli che erano stati trasandati, ma anche i figliuoli che erano stati istituiti, dei quali dicevasi che essi ottenevano la *b. p. c. t. commisso per alium Edicto* (7). Quest' ultimo era logico per rispetto ai *sui* ed *emancipati* istituiti; imperocchè siccome la preterizione dei figliuoli avea per effetto che, non ostante il testamento il quale si dovea riguardare come invalido, si potesse venire alla successione intestata, nella quale oltre ai figliuoli trasandati propriamente avrebbero dovuto prender parte tutti gli altri che stavano con essoloro nella classe *unde liberi*, così non v'era nulla di particolare in ciò, che i *sui ed emancipa-*

(1) V. § 337.

(2) Caj. II. 135-137.; Ulp. XXII. 23.; § 3. 4. J. *de exher. lib.* (2.13.) L. 1. § 6. L. 3. L. 8. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.). Anche qui l'istituzione sotto una condizione non potestativa veniva agguagliata alla preterizione L. 3. § 12. 13. D. *eod.*

(3) V. § 338.

(4) L. 3. pr. L. 6. pr. D. *eod.* Confr. con L. 14. D. *de conjung. cum emanc. lib.* (37. 8.) L. 6. D. *si tab. test. non extab.* (38. 6.)

(5) Caj. II. 137. Confr. con L. 6. § 4. L. 14. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

(6) L. 1. pr. § 1. 2. D. L. 2. C. *eod.* (6. 12.) § 7. J. *de exher. lib.* (2. 13.)

(7) L. 3. § 11. L. 4. § 3. L. 8. § 11-14. L. 10. § 1. 6. L. 11. pr. L. 14. pr. L. 20. pr. § 1. D. *eod.* L. 103. § 2. D. *de legat.* III. (32.). Nondimeno per qualche tempo si dovè dubitare se anche i nipoti per parte di un figliuolo emancipato rimasti sotto la potestà dell'Avo, quando il loro padre era trasandato, potessero perciò ottener la *bon. poss. c. t.*; imperocchè un particolare editto di Salvio Giuliano, la celebre *nova clausula edicti*, che senza dubbio fu l'ultimo Editto pretorio, concedeva loro questo dritto L. 3. D. *de conjung. cum emanc. lib.* (37. 8.)

ti istituiti potessero non meno che i trasandati domandare la *b. p. c. t.*, anche quando questi ultimi nol facessero (8). Ma è da dirsi una inconseguenza che l'Editto avesse ammessi alla *b. p. c. t. commisso per alium Edicto* anche quei tali figliuoli istituiti che un altro avea adottati e non avea emancipati (9); sebbene essi come appartenenti ad una famiglia estranea non ereditavano nella classe *unde liberi* (10), ed era anche più inconseguente che l'Editto escludeva dalla *b. p. c. t. commisso per alium Edicto* tutt'i figliuoli validamente e senza condizione diseredati nel testamento (11), come pure quei figliuoli i quali espressamente o per via di fatti aveano manifestato di star contenti al testamento (12), il che per verità proveniva da ciò che l'Editto del Pretore in generale non riguardava come pienamente vuoto di effetto un testamento invalido o rotto per cagione delle preterizione dei figliuoli. Non per tanto sotto altro rapporto l'Editto andava anche più innanzi del dritto civile, mentre poneva nella stessa linea la preterizione delle figliuole e de' nipoti con quella de' figliuoli, cosicchè anche allorchè erano trasandate delle figliuole o dei nipoti, ciò dava a costoro ed ai figliuoli forse istituiti il dritto di venire alla successione intestata mediante la domanda della *b. p. c. t.* (13), abbenchè fosse senza dubbio in loro libertà di farsi invece ammettere tra gli eredi testamentarii. Del rimanente purchè il testamento non fosse già per altre ragioni invalido, o non fosse prima della morte del testatore divenuto caduco, non era ostacolo a concedere la *b. p. c. t.* la circostanza che gli eredi testamentarii nominati non volessero o non potessero succedere, imperocchè la *b. p. c. t.* davasi immediatamente contro il testamento medesimo *contra lignum* secondo l'espressione in uso (14); il perchè i figliuoli diseredati anche allora non succedevano, come sarebbe avvenuto se il testamento, prescindendo dalla preterizione dei figliuoli, fosse stato invalido.

3.° Ma se i figliuoli che avean dritto alla *b. p. c. t.* non la domandavano

(8) L. 10. § 6. L. 11. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 32. D. *de lib. et posth.* 28. 2.)

(9) L. 8. § 4. 11. 12. 13. L. 10. § 1-3. L. 11. pr. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 1. § 14. D. *de collat.* (37. 6.)

(10) V. § 337. Nota 4.

(11) L. 10. § 4. 5. L. 8. § 4-10. L. 12. § 1. L. 18. pr. L. 20. pr. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.). Sulla inconseguenza veggasi L. 12. § 5. D. *de bon. lib.* (3 . 2.)

(12) L. 3. § 15. 16. L. 14. pr. L. 15. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

(13) Caj. II. 125.

(14) L. 4. pr. L. 19. D. *eod.* La lezione *contra legem* invece di *contra lignum* che alcuni manoscritti e edizioni hanno nella L. 19. D. cit., è senza dubbio da rigettarsi.

nè un solo nè tutti, allora l'Editto prometteva nuovamente agli eredi testamentarii la *bonorum possessio secundum Tabulas*, e quindi manteneva, non ostante la sua invalidità il testamento, che per cagione della preterizione era nullo o rotto (15), presupposto che gli eredi testamentarii avesser chiesto la *bonorum possessio*, il che doveasi fare in un termine che decorreva anche pei figliuoli (16), e se gli eredi testamentarii non facevano parimente la domanda, allora gli eredi intestati che si trovavano nella classe *unde legitimi* o nelle classi ulteriori venivano alla successione (17). Intanto s'intende da se che la *bonorum possessio* data agli eredi testamentarii ó agli eredi *abintestato* più lontani non poteva essere *cum re*, se non quando si erano trasandati semplicemente dei figliuoli emancipati, e quindi il testamento era invalido solo secondo l'Editto, nel qual caso i figliuoli che non domandavano la *b.p.c.t.* perdevano il loro dritto di opporre in seguito la nullità del testamento; mentre al contrario se la preterizione cadeva sopra i *sui* o postumi, i figliuoli potevano allegare che il testamento già secondo il dritto civile era nullo o rotto, e però come più prossimi chiamati aveano in ogni tempo il dritto di togliere al possessore l'eredità mediante l'*hereditatis petitio* (18).

4.° Ma anche allorchè i figliuoli richiedevano a tempo debito la *b.p.c.t.* il testamento però secondo l'Editto non perdeva ogni suo effetto. Infatti per una parte rimanevano esclusi i figliuoli diseredati (19); per un'altra i figliuoli emancipati che ottenevano la *b. p. c. t.* doveano soddisfare certi legati disposti nel testamento, come se a loro fossero stati imposti. Tali erano i legati fatti ai discendenti del testatore (20), ma non già a quei figliuoli che avessero essi medesimi ottenuto legalmente la *b. p. c. t.* (21), i legati fatti agli ascendenti di lui (22), alla moglie (23), ed alla nuora (24); ai quali più tardi furono aggiunti anche quei legati, che veramente erano stati lasciati ad un terzo, ma col

(15) L. 2. pr. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.) L. 14. pr. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 12. pr. L. 17. D. *de injusto* (28. 3.)

(16) L. 2. pr. § 4. D. *de bon. poss. s. t.* (37.11.) L.12. D. *de Carbon. ed.* (37.10.)

(17) L. 20. pr. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 1. § 11. D. *de success. ed.* (38.9.)

(18) L. 15. pr. L. 22. D. *de legat. praest.* (37.5.) V. § 302. Nota 26.

(19) V. Nota 11.

(20) L. 1. L. 2. D. *de legatis praest.* (37. 5.) L. 20. § 2. D. *de bon. poss c. t.* (37. 4.) L. 1. C. *eod.* (6. 12.)

(21) L. 18. § 1. D. *eod*, L. 5. § 2-6. D. *de legatis praest.* (37. 5.)

(22) L. 1. pr. § 1. L. 2. § 1. 2. L. 22. D. *eod.*

(23) L. 1. pr. L. 8, § 3. L. 10. § 1. D. *eod.*

(24) L. 1. pr. L. 8. § 4-6. L. 9. L. 10. pr. § 1. D. *eod*,

peso però di restituirli ad una delle sopradette persone (25). I *sui heredes* erano dispensati dall'adempimento di questi legati, quando anche essi avessero domandato la *b. p. c. t.*, imperocchè come eredi civili non avean mestieri della *bonorum possessio* (26), e se il testatore oltre agli eredi diretti avesse nominati eziandio dei sostituti, ed imposto agli uni ed agli altri diversi legati, allora trattandosi di figliuoli emancipati era anche da esaminare se, quando essi non avessero impetrato la *b. p. c. t.* sarebber succeduti gli eredi diretti o i sostituti, giacchè essi non erano tenuti a soddisfare se non quei legati imposti a coloro che senza la loro *b. p. c. t.* sarebbero stati effettivamente gli eredi (27). Per contrario quando un emancipato istituito erede avea ottenuto la *b.p.c.t. commisso per alium Edicto*, la sua contribuzione ai legati non si regolava secondo la quota ereditaria, nella quale era stato istituito, ma sibbene secondo la quota che attualmente riceveva (28). Inoltre del pari che le diseredazioni ed i legati rimanevano eziandio in vigore le sostituzioni pupillari, anzi il sostituto pupillare di un figliuolo istituito dovea soddisfare anche i legati impostigli, quantunque il figliuolo, a cui era stato sostituito, si fosse fatto concedere la *b. p. c. t. commisso per alium Edicto* (29). Il sistema qui esposto della *b. p. c. t.* fu da Antonino Pio mutato in questo, che egli nel caso della preterizione di discendenti feminili di qualunque specie, per effetto della domanda della *b. p. c. t.* concedè loro solamente il dritto di concorrere con gli eredi istituiti per una porzione virile, come era secondo il dritto civile (30), e quindi per rapporto all'effetto trasformò la loro *b. p. c. t.* in una *b. p. secundum Tabulas*, se è lecito usare questa espressione per una istituzione semplicemente finta. Giustiniano per tanto ristabilì nuovamente le disposizioni dell'Editto, e nel tempo istesso dispose che non potesse più aver luogo alcuna *exheredatio inter caeteros*, ma ogni diseredazione di discendenti dovesse farsi nominatamente (31).

(25) L. 8. § 6. D. *eod.*

(26) L. 15. pr. L. 16. pr. D. *eod.*

(27) L. 10. § 2. L. 11. L. 12. L. 13. D. *eod.*

(28) L. 20. § 2. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 15. § 1. 2. L. 16. D. *de legat. praest.* (37. 5.)

(29) L. 5. pr. § 1. D. *eod.* L. 103. § 2. 3. D. *de legat.* III. (32.)

(30) Caj. II. 126. Confr. Nov. Majoriani tit. 6. § 3.

(31) L. 4. C. *de lib. praeter.* (6. 28.)

2) *Querela inofficiosi.*

A. Legittima, e persone che han dritto alla legittima (*).

§ 349. I principi infino ad ora spiegati sulla diseredazione e preterizione dei *sui* e degli *emancipati* si applicavano soltanto ai testamenti dei maschi (1), e non richiedevano che i figliuoli fossero considerati, se non nella forma, giacchè ammettevano una diseredazione senza ragione. E però fu molto più radicale quel principio che allato ad essi s'incontra, il quale colpisce anche i testamenti delle donne (2), nè è ristretto ai figliuoli soltanto, che cioè gli eredi intestati di un testatore, che nel suo testamento abbia lasciato loro poco o niente, senza differenza se sieno stati in tutto trasandati o espressamente diseredati, o istituiti in una porzione troppo piccola, possano menar doglianza avanti al Tribunale dei Centumviri, che il testamento sia contro l'affezione ed il dovere, *inofficiosum*, e che i Centumviri, quando non trovino fondata l'esclusione sopra gravi ragioni, possano annullare il testamento, dovendosi ritenere che un testatore, il quale opera in un modo così contrario al dovere, non sia stato sano di mente (3). Non si può abbastanza indicare l'epoca in cui questo principio cominciò ad aver voga, solo si può notare che Cicerone di già lo conosceva (4), ma oltre a questo manca ogni altra notizia sulla sua origine. Nondimeno lo strano *color insaniae* accenna che abbia avuto origine dalla interpetrazione dei Giureconsulti; imperocchè una legge avrebbe senza dubbio disdegnato un pretesto di tal fatta (5). Forse le disposizioni dell'Editto del Pretore sopra la parte del patrimonio, che i liberti doveano lasciare al loro padrone (6), condussero i Giureconsulti ad assicurare anche ad altri eredi una parte della successione. Ad ogni modo la fonte di

(*) *C. Chiffletius* de port. legit. Lugd. 1548. (Otton. Thes T. V. p. 721. seg.); *Westenberg* diss. LIV. de port. legit. Amstel. 1799. (Opusc. I. sect. 2.); *Moller* la dottrina della legitima parte 2. Amberg e Sulzbach 1801-6. 8.; *Cralle* Comm. Histor. jurid. de port. legit. Bonn 1820. 8.; *Zimmern* Ricerche sulle teoriche del dritto Romano Heidelb. 1821. n. 3.

(1) L. 4. § 2. D. *de bon. poss, c. t.* (37. 4.)

(2) L. 5. L. 6. L. 19. L. 22. pr. L. 27. § 4. L. 28. L. 29. § 1. D. *de inoff. test.* (2. 5.)

(3) Pr. J. *eod.* (2. 18.) L. 2. L. 5. L. 19. D. *eod.* L. 36. D. *de legat.* III. (32.)

(4) Cic. in Verr. II. 1. c. 42.

(5) *Francke* l.c. § 15.

(6) V. § 354. e 355.

tale istituzione non può essere una *lex Glicia*, che non fu mai pubblicata (7). Ma verisimilmente da principio ogni erede intestato più prossimo, che si teneva leso, poteva muovere querela sulla ingiustizia del testamento, *querela inofficiosi testamenti*, ed era in tutto rimesso alla discrezione dei Centumviri di rescindere o no il testamento; ma a poco a poco principalmente per le costituzioni Imperiali si venne formando una teorica più precisa che restrinse il dritto della querela per lo stabilimento di certe condizioni e limiti.

1.° In prima divenne regola di uso di ammettere alla querela come i più prossimi eredi intestati soltanto i discendenti, gli ascendenti, e i fratelli e le sorelle; sebbene per lunga pezza niuna legge si opponesse ai parenti collaterali più lontani. Anche Ulpiano dichiarò non già inammessibile la querela dei parenti più lontani ma sibbene non usata, e quindi senza speranza (8). Ma Diocleziano escluse questi parenti direttamente dalla querela (9), ed anche più innanzi andò Costantino, il quale eziandio ai fratelli ed alle sorelle non permise la querela se non nel concorso di speciali circostanze (10), per modo che dopo quel tempo solo i discendenti e gli ascendenti di un testatore aveano regolarmente dritto ad esser considerati (11).

2.° Fin dal principio dell'epoca Imperiale fu stabilito un *minimum* che lasciandosi in testamento escludeva la querela, ma che dovea esser lasciato ai prossimi parenti intestati, che avean dritto di esser considerati, quando non vi fosse una buona ragione di diseredarli, e questa è la così detta legittima, *portio debita* s. *legitima*, per rapporto alla quale i discendenti ed ascendenti sogliono denominarsi *legittimarii*. Fino a Giustiniano la legittima era di un quarto della porzione intestata, che il legittimario senza il testamento avrebbe conseguita (12), il che probabilmente fu tolto in prestanza dalla quarta Falcidia, perchè la legittima talvolta vien detta anche quarta Falcidia (13). Giusti-

(7) Di altra opinione è Cujacio observ. II. 21. XIV. 14. V. in contrario la mia St. § 55.

(8) L. 1. L. 6. pr. D. *de inoff. test.* (5. 2.)

(9) L. 21. C. *eod.* (3. 28.)

(10) L. 27. C. *eod.* L. 1. L. 3. C. Th. *eod.* (2. 19.) V. appresso § 350.

(11) § 1. J. *eod.* (2. 18.)

(12) Plin. Epist. V. 1.; Paul. S. R. IV. 5. § 5. 6.; L. 8. § 8. 9. D. *eod.* L. 6. L. 8. pr. C. *eod.*; § 7. J. *eod.*

(13) L. 28. C. Th. *de judaeis* (16. 8.) Nov. Majoriani tit. 6. § 2. Confr. L. 8. § 9. D. *de inoff. test.* (5. 2.) Fragm. Vat. § 281. L. 2. C. *de mort. causa don.* (8. 57.) L. 21. C. *fam. herc.* (3. 36.)

niano l'accrebbe ma in varia guisa, giacchè, essendovi quattro eredi intestati o meno, la stabilì ad un terzo della porzione intestata, ed essendovi cinque eredi o più, alla metà (14). Pel computo della legittima si riguarda lo stato del patrimonio alla morte del testatore, dopo dedotti i debiti e le spese del funerale (15), e per determinare la quantità della legittima, si computano anche quei prossimi eredi intestati, che per una valida diseredazione, o per altre ragioni non possono chiedere alcuna legittima, così per istabilire in prima a quanto ammonti la porzione intestata di ciascuno (16), come per determinare di poi se la legittima sia di un terzo o di una metà di una porzione intestata (17).

3.° Con l'introduzione della legittima va necessariamente connessa la determinazione della maniera e del modo come la medesima si debba lasciare a' legittimari. Senza dubbio in ogni tempo essa potè lasciarsi non solo per istituzione di erede, ma anche per via di legati e di donazioni, quando si fosse dichiarato lo scopo di un aggiustamento o compenso per la legittima (18). Ma Zenone aggiunse che una dote o *donatio propter nuptias* costituita dal testatore all'erede, anche senza quella dichiarazione si dovesse imputare nella legittima (19), e Giustiniano estese ciò ad un uffizio venale procurato all'erede (20), e stabilì in generale il principio che tutto ciò che l'erede dee conferire nel-

(14) Nov. 18. c. 1. Nov. 39. c. 1. A questo fine si son composti per ajuto della memoria i seguenti versi:

Quatuor ant infra natis dant jura trientem
Sed dant semissem liberis si quinque vel ultra.

Secondo questa computazione sei eredi ricevevano come legittima la stessa quantità che quattro eredi, e cinque ricevevano anche di più, il che difficilmente si può giustificare.

(15) Paul. l. c. § 6.; L. 6. C. *de inoff. test.* (3. 28.) L. 8. § 9. D. *eod.*

(16) L. 8. § P. *eod.* Non si oppongono L. 17. pr. D. *eod.* L. 10. § 4. D, *de bon. poss. c. t.* (37. 4.). I pratici dicono a questo proposito: *exheredati* etc. *numerum faciunt ad minuendam legitimam*, imperocchè quanti più eredi si noverano, tanto più si diminuisce la porzione ereditaria.

(17) La Nov. 18. c. 1. e Nov. 39. c. 1. per verità non lo dicono espressamente, ma questo si deduce da ciò, che esse determinano la porzione legittima semplicemente dal numero degli eredi senza riguardo alla diseredazione di alcuno fra essi. I pratici qui dicono: *exheredati* etc. *numerum faciunt ad augendam legitimam*, imperocchè la porzione dovuta come legitima da 1/3 si eleva ad 1/2 quando s'incontrano più di quattro eredi.

(18) § 3. 6. J. *de inoff. test.* (2. 18.) L. 8. § 6. L. 25. pr. D. *eod.* L. 30. pr. L. 33. pr. L. 35. § 2. L. 36. pr. C. *eod.* Nov. 18. c. 1.

(19) L. 29. C. *eod.* La costituzione di Leone qui mentovata è la L. 17. C. *de collat.* (6. 20.)

(20) L. 30. § 2. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

la successione intestata come ricevuto dal defunto (21) debbasi eziandio imputare nella legittima (22). Prima di Giustiniano in una guisa o in un'altra dovea darsi eziandio la legittima piena e senza restrizione, e però quando erasi lasciato o dato meno, davasi luogo alla *querela inofficiosi* non altramente che quando nulla si fosse ricevuto; ed il medesimo avea luogo allorchè la porzione lasciata per legittima facevasi dipendere da condizioni, o restringévasi per determinazioni di tempo o per legati e *modus*, di cui fosse gravata (23). Ma Giustiniano introdusse un cambiamento prescrivendo 1) che quando fosse dato meno semplicemente per rispetto alla quantità, quegli che ne rimaneva leso non potesse sol per questo impugnare il testamento, ma in vece potesse intentare contro gli eredi testamentarii un'*actio ad supplendam legitimam* (24), nel che però gli eredi testamentarii, se in vece di prestare spontaneamente il supplemento, deducevano la cosa in lite, per pena di ciò doveano pagare un terzo di più della legittima (25); 2) ma che le condizioni, le determinazioni di tempo, i legati ed il *modus* in quanto limitavano e gravavano la legittima doveansi tenere come non ordinati, e però non doveano mantenersi se non solamente per rapporto a ciò che per avventura si fosse lasciato oltre la legittima (26).

4.° Inoltre in processo di tempo furono fermate certe regole sulla diseredazione dei legittimarii. Questa potea seguire tanto con buona intenzione, *bona mente* (27), quanto per pena, *notae causa* (28), senza che le ragioni della medesima fossero dalla legge determinate o ristrette, colla sola eccezione che Giustiniano riprovò la diseredazione dei figliuoli fatta dalla madre per semplice odio contro il padre (29); non per

(21) V. appresso § 359.

(22) L. 20. C. *de collat.* (6.20.)

(23) L. 8. § 9. 11. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L 8. § 1. C. *eod.* Non si oppone L. 25. pr. D. *eod.*, la quale è da intendersi semplicemente di un supplemento di ciò che manca, mediante un accordo bilaterale, e neppure si oppone Paul. IV. 55. il quale intende parlare del caso in cui l'erede gravato di legati ha più della sua porzione legittima. nella quale ipotesi egli deve adempiere ai legati fino a tal quantità che non resti lesa la legitima.

(24) L. 30. pr. L. 31. L. 35. § 2. L. 36. pr. C. *de inoff. test.* (3. 28.) § 3. J. *eod.*

(25) L. 33. pr. C. *eod.*

(26) L. 32. L. 36. § 1. C. *eod.* La così detta *cautela Socini* (Spiegazione sistematica di *Gluck* delle Pand. vol. VII. p. 86. seg.) sta in contradizione con questi precetti.

(27) L. 16. § 2. D. *de cur. fur.* (27, 10.) L. 18. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 12. § 2. D. *de bon. libert.* (38. 2.)

(28) L. 11. L. 19. L. 28. C. *de inoff. test.* (3. 28.) L. 2. C. Th. *eod.* (2. 19.)

(29) L. 33. § 1. C. *eod.*

tanto allorchè la legittima non si fosse data in altra guisa diversa dall'istituzione di erede, le ragioni della diseredazione doveano espressamente essere indicate, altrimenti il testamento doveasi assolutamente rescindere, tostochè il diseredato ne faceva doglianza, mentre, se le ragioni erano state indicate, la rescissione dipendeva dal vedere se le ragioni erano vere e sufficienti (30).

5° Da ultimo ritenendo in parte gli antichi principi si formò una teorica molto particolare della *querela inofficiosi* (31). Inoltre il dritto dei legittimarii fu da Alessandro Severo esteso in ciò, che anche le donazioni potessero impugnarsi per lesione della legittima (32), il che Costanzo estese eziandio alla costituzione di dote (33). Si è già innanzi osservato che nella sostituzione pupillare non era necessario che fossero considerati gli eredi legittimarii (34). Ma anche nei testamenti dei soldati cessa ogni pretensione degli eredi legittimarii, cosicchè costoro non possono promuovere nè l'*actio ad supplendam legitimam*, nè la *querela* (35), ed il medesimo vale secondo la disposizione di Giustiniano nei testamenti dei figliuoli di famiglia sopra il loro peculio quasi castrense (36), salvo quando siano ecclesiastici, i quali Giustiniano da prima avea esentati dalla regola generale (37), ma di poi nuovamente ve li sottopose (38).

B. Teorica della querela.

§. 350. La querela *inofficiosi testamenti* data ai legittimarii lesi, la quale talvolta appellasi anche *accusatio* (1), e può proporsi anche come *exceptio*, quando i legittimarii accidentalmente si trovano in possesso dell'eredità, e gli eredi testamentarii ne domandano il rilasciò (2), è una *hereditatis petitio ab intestato*, essendochè l'attore si fonda sul fat-

(30) L. 18. L. 20. L. 22. L. 23. L. 28. C. *eod.* L. 2. C. Th. *eod.*

(31) V. § 350.

(32) L. 87. § 3. D. *de legat.* II. (31.) L. 2. C. *de mort. causa don.* (8. 57.)

(33) V. § 350. Nota 61.

(34) L. 8. § 5. D. *de inoff. test.* (5. 2.) V. § 333.

(35) L. 8. § L. 27. § 2. D. *eod.* L. 9. L. 27. pr. C. *eod.* (3. 28.)

(36) L. 37. § 1. C. *eod.* L. 50. C. *de episc.* (1. 3.) Confr. § 6. J. *de mil. test.* (2. 11.)

(37) L. 50. C. cit.

(38) Nov. 123. c. 19.

(1) L. 6. § 2. L. 7. L. 17. D. *de inoff. test.* (5. 2.); Plin. Epist. V. 21.; Phaedri fabulae III. 10. v. 31.; Quintil. Inst. orat. IV. 1.

(2) L. 8. § 13. D. *eod.*

to che egli sia erede intestato, e che il testamento per cagione d'inofficiosità debba esser rescisso, e per conseguenza debba darsi luogo alla successione intestata, non ostante il testamento (3). Ma essa differisce dall'ordinaria *hereditatis petitio* per molte particolarità, tra le quali da prima eravi anche questa che dovea esclusivamente esser proposta innanzi al Tribunale Centumvirale (4), il che per tanto applicavasi solamente per Roma e per l'Italia, giacchè nelle Provincie proponevasi innanzi al Governatore (5), e dopo che i Centumviri furono scomparsi (6), dovè generalmente cessare.

1.° Il convenuto qui non è chiunque possiede *pro herede* o *pro possessore* l'eredità o qualche oggetto di essa, ma sibbene quegli che poggiandosi sul testamento vuole escludere dalla successione il legittimario. Per regola quindi 1) debbonsi convenire gli eredi testamentarii o i loro rappresentanti e successori (7), i quali tostochè un erede legittimario dichiara di voler impugnare il testamento, se non ancora abbiano fatta l'adizione, secondo la prescrizione di Giustiniano, nel termine di sei mesi, o di un anno, se son domiciliati in altra Provincia, debbono fare la loro dichiarazione se intendono accettare o rinunziare l'eredità (8). 2) Ma se per cagione della preterizione di figliuoli nel testamento paterno, i figliuoli trasandati o anche gl'istituiti abbiano ottenuto la *bonorum possessio contra Tabulas*, l'azione dei figliuoli diseredati dee promuoversi contro i loro fratelli immessi in possesso, imperocchè nella *b. p. c. t.* le diseredazioni continuano ad aver forza (9), ma solo nel senso che i diseredati non possono prender parte nella *b. p. c. t.*, mentre rimane loro salvo il dritto d'impugnare colla querela *inofficiosi* la loro esclusione come ingiusta, e domandare la porzione intestata (10).

2.° Qui il dritto di azione va soggetto a maggiori restrizioni; imperocchè 1) la querela è un mezzo legale strettamente personale. A. So-

(3) L. 34. C. *eod.* L. 20. D. *eod.*

(4) Cic. *de orat.* I. (39.); Val. Max. II. 7. § 1-5. L. 13. L. 17. D. *de inoff. test.* (5. 2.)

(5) L. 29. § 4. D. *eod.* L. 17. C. *eod.* (3. 28.)

(6) La mia St. § 131.

(7) L. 8. § 10. L. 21. pr. L. 37. § 3. L. 29. pr. § 4. D. *eod.* L. 1. L. 10. C. *eod.*

(8) L. 36. § 2. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(9) V. § 348. Nota 11.

(10) L. 10. § 5. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.). In egual modo può la querela incontrarsi anche verso un patrono che ha ottenuto la *bon. poss. c. t.* L. 16 § 1. D. *de inoff. test.* (5. 2.) V. appresso § 355.

lo quegli che è leso può intentar l'azione, ma non già colui che nella successione intestata concorre con esso, come quando sieno stati istituiti dei fratelli o sorelle di lui (11), eneppure il padre, sotto la cui potestà egli si trova, può agire per lui senza il suo consentimento (12). B. Di più l'azione non può esser ceduta (13), e C. alla morte della persona lesa non passa agli eredi, se non quando sia stata di già almeno preparata (14), o la persona sia morta entro il termine dato da Giustiniano agli eredi testamentarii per fare la loro dichiarazione, ed abbia lasciati per suoi eredi dei discendenti (15). Per contrario qui incontrasi una successione particolare nella querela, giacchè quando tutti i più prossimi eredi potevano intentar la querela, ma tutti o erano morti, o erano stati rigettati dalla domanda, o aveano rinunziato all'azione, e i parenti che venivano immediatamente dopo erano parimenti discendenti o ascendenti del testatore, i quali del pari non aveano ottenuta alcuna parte della successione, allora costoro potevano in luogo di quelli promuover la querela (16), la qual cosa Giustiniano rigettò solamente nel caso in cui de'figliuoli avessero rinunziato alla querela, ma fossero tuttora in vita, ed i parenti più prossimi che seguivano fossero nipoti che da essi discendevano (17). 2) È mestieri che il testamento non sia già per altre ragioni nullo o invalidato, cosicchè si possa venire alla successione intestata anche senza la querela, nel qual caso cessa la querela, affinchè il testatore non sia senza necessità notato di demenza (18); il perchè i *sui* ed *emancipati* trasandati dal loro padre sono in tutto esclusi dalla querela (19), mentre al contrario i discendenti di una donna anche illegittimi, e i suoi figliuoli adottivi, come pure gli ascendenti possono a cagione della preterizione fare uso della querela, essendochè la loro preterizione non ha per effetto l'invalidità del testamento (20). 3) Per una ragione somigliante cessa anche la querela al-

(11) L. 19. D. *eod.*

(12) L. 8. pr. L. 22. pr. § 1. D. *eod.* Ciò non si applica ai tutori. L. 30. § 1. D. *eod.*

(13) Arg. leg. 8. pr. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 1. § 8. *si quid in fraud. patroni* (38. 5.)

(14) L. 6. § 2. L. 7. L. 15. § 1. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 5. L. 34. L. 36. § 2. C. *eod.*

(15) L. 36. § 2. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(16) L. 14. L. 31. pr. D. *eod.* L. 34. C. *eod.* *Francke* l. c. § 21.

(17) L. 34. C. cit.

(18) L. 18. § 12. D. *eod.* L. 14. L. 16. C. *eod.*

(19) L. 23. pr. D. *eod.* Se alcuno sia diseredato perchè il testatore dichiari che il medesimo non è suo figliuolo, ciò non lo esclude dalla querela L. 27. § 1. D. *eod.*

(20) L. 3. L. 5. L. 14. L. 15. pr. L. 29. § 1. 3. D. *eod.* L. 3. L. 15. L. 17. C. *eod.*

lorchè un diseredato o trasandato ad onta di ciò può a titolo di *quarta divi Pii* o per altre ragioni richiedere per legge dalla successione altrettanto o anche più dell'ammontare della legittima (21). 4) Inoltre è mestieri che la persona lesa non abbia senza errore rinunziato alla querela, o approvato il testamento espressamente o per via di fatti (22). 5) La querela si prescrive in cinque anni dalla morte del testatore (23), e l'erede testamentario di buona fede può anche prima del decorrimento di questo tempo acquistare per usucapione le cose ereditarie, ma ora per verità solo le cose mobili (24). Quei tali eredi legittimarii, il cui dritto ereditario non è fondato che sull'Editto, come gli emancipati, quando non intentano immediatamente l'azione, debbono anche non aver trascurato di domandare in concorrenza cogli eredi testamentarii la *bonorum possessio intestati*, la quale in questo caso viene indicata come *b. p. litis ordinandae gratia*, essendochè essi sostengono che la successione intestata dovea immediatamente aver luogo, ma se non domandano la *bonorum possessio*, perdono ogni loro dritto di successione (25). A questo si aggiunge eziandio che 6) in seguito dell' *actio ad supplendam legitimam* introdotta da Giustiniano la querela non può tuttavia aver luogo se non quando un legittimario non abbia ricevuto nulla (26).

3.° Se nella introduzione dell'azione si fa quistione della verità di una ragione di diseredazione, se l'attore è un discendente, egli dee mostrarne la falsità, ma se l'attore è un ascendente, il convenuto dee provarne la verità (27). Or 1) se la querela dell' attore vien rigettata, egli perde per pena tutt'i dritti che gli possono venire dal testamento impugnato (28), il che nondimeno non fa perdere ad un tutore o ad un padre che agisca pel suo pupillo o pel suo figliuolo, come neppure ad un erede dell'attore che continui soltanto la querela di già intentata, ciò

(21) L. 8. § 15. D. *eod.*

(22) L. 8. § 1. 10. L. 10. § 1. L. 12. L. 15. § 1. L. 21. pr. L. 22. L. 23. § 1. L. 27. pr. L. 31. § 3. 4. L. 32. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 35. § 1. 2. C. *eod.* L. 7. C. Th. *eod.* L. 1. C. *de in integrum rest. min.* (2. 22.)

(23) L. 8. § 17. L. 9. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 16.) . L. 34. L. 36. § 2. C. *de inoff. test.* (3. 28.) L. 5. C. Th. (2. 19.)

(24) Plin. Epist. V. 1. Confr. § 170. Nota 16.

(25) L. 6. § 2. L. 7. L. 8. pr. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(26) L. 30. § 1. L. 31. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(27) L. 28. C. *eod.* L. 2. C. Th. *eod.* L. 3. L. 5. D. *eod.* Una deviazione dal predetto principio si contiene nella L. 34. C. *eod.*

(28) § 5. J. *eod.* L. 8. § 14. L. 22. § 2. 3. L. 30. § 1. D. *eod.* L. 5. L. 22. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 13. § 9. L. 20. § 1. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 2. L. 8. C. *de his quae ut indign.* (6. 35.)

che ad essi medesimi sia stata legato (29). Per contrario 2) se l'attore riesce vittorioso, l'effetto è che si viene alla successione intestata (30), anche quando risulti di poi che il vincitore non abbia la capacità di succedere per la sua persona, o non sia il più prossimo erede chiamato (31). E però tutti gli eredi intestati che concorrono coll' attore, anche quelli che sono stati validamente istituiti o diseredati prendono parte alla successione (32), eccetto quei tali diseredati o trasandati, i quali han rinunziato alla querela, o l'han fatto prescrivere, o son rimasti soccumbenti nella loro querela (33); e quindi, ove altri concorrano, il vincitore del pari che nella *hereditatis petitio partiaria* non può altro richieder dal convenuto che il rilascio della porzione che gli spetta, lasciando agli altri di domandare la loro (34). Ma se deve rilasciarsi l'eredità o una parte di essa, si applicano i principii sulla *hereditatis petitio* (35), e per conseguenza si estinguono anche i legati ed altri pesi imposti dal testatore, cosicchè i legati che i convenuti abbiano di già soddisfatti, possono ripetersi nuovamente dai legatarii (36); salvo A. se l'attore avesse guadagnato solo per la contumacia del convenuto, nel qual caso, secondo la disposizione di Marco Aurelio e Lucio Vero, i legati debbono rimanere in vigore (37), ovvero B. se il testatore solo nella erronea opinione che i suoi eredi legittimari fossero morti li avesse trasandati istituendo altri, nel qual caso Adriano dichiarò sussistenti i legati (38), ovvero C. se si trattasse solo di manomissioni, ed il manomesso volesse pagare al vincitore venti solidi, nel qual caso una manomissione fedecommessaria si mantiene assolutamente, ed una manomissione diretta, almeno quando il vincitore non sia stato ammesso a promuovere la querela di già prescritta che per mezzo di una *restitutio* (39). Intanto si può incontrare anche una semplice rescissione par-

(29) L. 22. § 1-3. L. 30. § 1. D. *de inoff. test.* (5.2.)
(30) L. 6. § 1. L.8. § 16. D. *eod.*
(31) L. 6. § 1. L.25. § 1. D. *eod.*
(32) L. 6. § 1. L. 8. § 8. L. 17. pr. L. 19. D. *eod.* Lo stesso dee valere quando quei tali eredi che non sono eredi legittimarii, come i fratelli e le sorelle germane concorrono insieme con ascendenti secondo la Nov. 118.
(33) L. 16. pr. L. 17. pr. L.23. § 2. D. *eod.*
(34) L. 8. § 8. L. 19. D. *eod* L. 3. C. *eod.*
(35) L. 21. § 2. L. 26. D. *eod.* L.22. C. *eod.*
(36) L. 8. § 16. L. 13. L. 28. D. *eod.* L. 76. pr. D. *de legat.* II. (31.) L.36. D. *de legat.* III. (32.)
(37) L. 17. § 1. L. 18. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 14. § 1. D. *appellat.* (49. 1.)
(38) L. 27. § 4. L.28. D. *de inoff. test.* (5. 2.)
(39) L. 8. § 17. L. 9. D. *eod.* L. 4. C. *eod.*

ziale del testamento, nel qual caso ha luogo sì la successione intestata e sì la testamentaria (40), il che può avvenire non solo per essersi introdotti contro diversi eredi istituiti giudizi differenti, per effetto dei quali per un convenuto si debba dichiarare la rescissione e per un altro la validità del testamento (41), ma anche perchè gli eredi istituiti parte appartengano essi medesimi agli eredi intestati concorrenti, e parte sieno altre persone, mentre i primi, se vogliono, hanno il dritto di rimanere eredi testamentarii per la porzione intestata che loro appartiene (42). In una cosiffatta rescissione parziale s'intende da sè che chi rimane erede testamentario dee non altrimenti che prima adempire tutt' i pesi impostigli (43); ma oltre a ciò rimangono le sostituzioni pupillari (44), e del pari le manomissioni di ambedue le specie, così le fedecommessarie come le dirette (45). Se il convenuto produce appello contro la sentenza che ha pronunziato in favore dell'attore, questi, in caso di bisogno, può richiedere provvisoriamente gli alimenti dall'eredità (46). Del resto, per impedire le collusioni, possono i legatari intervenire ed anche appellare, quando il convenuto nol voglia fare (47). La teorica tutta singolare della querela *inofficiosi testamenti* non ha alcuna applicazione per la lesione di un discendente cagionata da una inuguale *divisio parentis inter liberos*, per la quale può solamente con l' *actio familiae erciscundae* domandarsi il compimento di ciò che manca (48), e tanto meno si applica all' *actio ad supplendam legitimam* da Giustiniano introdotta (49), salvo che anche questa si prescrive in cinque anni (50); per contrario essa generalmente vale eziandio:

(40) L. 8. § 8. L. 15. § 2. L. 19. L. 24. L. 25. § 1. D. *eod.* L. 13. C. *eod.* L. 12. § 4. D. *de bon. libert.* (38. 2.) L. 31. pr. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) L. 76. pr. D. *de legat.* II. (31.)

(41) L. 15. § 2. L. 25. § 1. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 13. C. *eod.*

(42) L. 19. L. 24. D. *eod.* L. 3. C. *eod.*

(43) L. 29. § 2. D. *eod.*

(44) L. 8. § 5. D. *eod.* L. 31. pr. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

(45) L. 13. C. *de inoff. test.* (3. 28.) L. 76. pr. D. *de legat.* II. (31.)

(46) L. 27. § 3. D. *de inof. test.* (5. 2.)

(47) L. 29. pr. D. *eod.*

(48) L. 8. C. *eod.* L. 16. L. 21. C. *fam. herc.* (3. 36.)

(49) Segnatamente l' azione per supplemento passa sempre agli eredi L. 34. C. *eod.*, e non è esclusa pel riconoscimento del testamento, ma anzi nasce appunto per tale riconoscimento L. 35. § 2. C. *eod.* Ancora essa non è una *hereditatis petitio*, ma un' *actio in personam* contro gli eredi testamentarii, e quindi una *condictio ex lege*, cioè *ex lege* 30. C. *eod.*

(50) Ciò veramente non si dimostra dalla L. 34, in fine C. *eod.*, ma può nondimeno

1.° Per la querela *inofficiosae donationis* menzionata la prima volta da Alessandro Severo, e verisimilmente anche da lui per la prima volta introdotta (51), la qual querela può esser proposta dagli eredi legittimarii di colui, che abbia speso tanto in donazioni da non lasciar loro neppure la legittima sul patrimonio che al tempo della donazione esisteva (52). Per verità dapprima la querela qui presupponeva anche che il donante avesse fatto un testamento ed avesse in esso istituiti gli eredi legittimarii lesi per la donazione; ma poco dopo si permise la querela anche nella successione intestata (53). È indifferente se le donazioni inofficiose sieno state fatte ad alcuni degli stessi eredi legittimarii, ovvero ad altri (54), e nel primo caso i donatarii non possono evitare l'impugnazione neppure rinunziando alla successione (55). Ma anche qui è necessario che la donazione non possa già per altre ragioni esser rescissa, senza bisogno della querela, fosse anche soltanto per mezzo della restituzione nello stato primiero (56); che la persona lesa non sia stata validamente diseredata in un testamento (57); che la medesima non abbia approvato il fatto del testatore (58); e che non sieno trascorsi cinque anni dalla morte del medesimo (59). Intanto l'azione non tende a rescindere tutta quanta la donazione, ma solamente a far restituire quel tanto che manca alla legittima (60). Si presenta una difficoltà allorchè la lesione della legittima non risulta da una sola donazione o da più donazioni contemporanee, ma sibbene gradatamente da più donazioni successive, il che

dedursi da ciò che la querela *inofficiosae donationis* sebbene per la sua essenza sia anche una semplice *actio ad supplendam legitimam*, si prescrive parimenti in cinque anni L.9. C. *de inoff. donat.* (3. 29.)

(51) L. 1. L. 9. C. *eod.* L. un. C. Th. *eod.* (2. 20.) *Zimmern* l. c. sez. 2.; *Kritz* tratt. eseg. prat. Lipsia 1824. 8. Nota 5.

(52) L. 87. § 3. D. *de legat.* II. (31.) L. 2. C. *de mort. causa donat.* (8. 57.) L. 1-9. C. *de inoff. donat.* (3.29.) Fragm. Vat. § 270. 271. 280. 281. 282. Nov. 92. c. 1. Secondo la L. 5. C. *ad leg. Falc.* (6. 50.) pare quasi che l'applicazione della quarta falcidia alle *donationes mortis causa* fatta da Settimio Severo abbia dato occasione ad Alessandro Severo di applicare anche alle donazioni i principii della quota legittima, la quale appellasi anche quarta falcidia.

(53) L. 1. L. 3. L. 6. C. *de inoff. don.* (3.29.)

(54) L. 1. L. 2. L. 6. L. 7. L.8. C. *eod.*

(55) Nov. 92 c. 1.

(56) L. 4. L. 6. C. *eod.* Fragm. Vat. § 282.

(57) L. 5. C. *eod.* Nov. 92. c.1. § 1.

(58) L. 6. C. *eod.*

(59) L. 9. C. *eod.*

(60) Fragm. Vat. § 281. L. 5. L. 6. L. 8. pr. C. *eod.*

riguarda assolutamente anche il caso che le sole prime donazioni non contenevano ancora alcuna lesione (61). In difetto di più precise disposizioni qui non rimane altro che abbandonare alla discrezione del Giudice il vedere secondo le circostanze se si possa attribuire alle diverse donazioni l'intenzione di pregiudicare la legittima, cosicchè può esser lecito di cominciare dalla prima donazione quantunque forse la legittima non sia rimasta lesa che per l'ultima donazione.

2.° Per la querela *inofficiosae dotis* introdotta da Costanzo, per la quale han luogo interamente gli stessi principii, senza distinzione, se alcuno per costituire una dote pei suoi figliuoli, o per altri; o se una donna per costituire la dote per sè stessa abbia dato tanto che la legittima degli eredi legittimarii ne sia rimasta diminuita (62).

3.° Per la querela dei fratelli o delle sorelle del defunto, i quali, secondo la disposizione di Costantino, per verità non hanno più una determinata legittima, ma quando sieno state istituite persone infami, o di cattivo nome, o appartenenti ad una condizione vile, ovvero dei liberti ingrati verso il padrone o degli schiavi, e nulla sia stato lasciato ad essi, possono colla querela togliere a quelli tutto ciò che han ricevuto, eccetto allorchè uno schiavo sia stato istituito sol per causa dei debiti, la qual cosa Costantino avea per verità conceduta soltanto ai fratelli o alle sorelle bilaterali *germanis*, ma Giustiniano nell'ammettere nel suo Codice la disposizione di Costantino la estese a tutt'i fratelli e le sorelle generate dal medesimo padre, *consanguinei* (63).

II. Disposizioni della Novella 115.

§ 331. Dopo che Giustiniano per lunga pezza si fu contentato di migliorare nei particolari la successione contro un testamento, nel 542 e quindi un anno prima del suo riordinamento della successione intestata passò a fare colla Novella 115 una riforma più radicale. Le sue disposizioni sotto tal rapporto son le seguenti:

1.° I discendenti e gli ascendenti d'un testatore, che si trovano i più prossimi parenti intestati, allorchè egli non possa per valide ragioni o non voglia escluderli, debbono assolutamente essere istituiti eredi (1), almeno nella legittima che loro appartiene così ora come pel passato (2).

(61) L. 1. L. 5. L. 6. L. 8. pr. C. *eod.*
(62) L. un. C. *de inoff. dot.* (6. 30.) L. 1. L. 2. C. Th. *eod.* (2. 21.)
(63) L. 1. L. 3. C. Th. *de inoff. test.* (2. 19.) L. 27. C. *eod.* (3. 28.)
(1) Nov. 115. c. 3. pr. c. 4. pr. c. 5. pr.
(2) Nov. 117. c. 1. Nov. 123. c. 19.

In questo per verità è sufficiente una *institutio ex re certa*, e se la porzione ereditaria è troppo piccola, gli eredi legittimarii instituiti tuttavia non possono altro richiedere dai loro coeredi che il compimento di ciò che manca (3); ma per contrario l'attribuzione della porzione legittima per via di donazione, legati, ec. non impedisce più dall'impugnare il testamento (4), anzi gli eredi legittimarii non sono neppur tenuti per regola d'imputare nella legittima cosiffatti acquisti (5). Non è detto se l'istituzione nella semplice legittima debba farsi libera da condizioni e senza restrizione per legati o altri pesi; ma nondimeno siccome Giustiniano volle non già diminuire ma accrescere il dritto degli eredi legittimarii, così per questo riguardo debbonsi per compimento applicare gli antichi principii (6).

2.° Chi non istituisce i suoi eredi legittimarii, se ciò fa per punizione, deve esser mosso da alcune determinate ragioni, che deve espressamente indicare, ma è indifferente se colui, contro il quale sono allegate cosiffatte ragioni legali, sia stato diseredato o solo trasandato nelle istituzioni. Queste ragioni A. per rapporto ai discendenti sono 14. Imperocchè può essere escluso 1) chi ha alzato le mani contro i suoi genitori, 2) o ha recato loro gravi ingiurie, 3) o li ha accusati in cose criminali, salvo allorchè si trattasse di delitti contro il Sovrano o lo Stato, 4) chi ha tenuto pratiche con persone venefiche, 5) chi ha attentato alla vita dei suoi genitori, 6) il figliuolo che ha avuto illecito commercio colla matrigna o con la concubina del padre, 7) il figliuolo che per via di denunzie ha arrecato gravi danni ai suoi genitori, 8) colui che non ha liberato dal carcere i genitori, quando l'avrebbe potuto col pagare o col dar sicurtà, la quale non può aver luogo solamente per le donne, 9) colui che ha impedito al testatore di far testamento, 10) il figliuolo il quale contro la volontà dei genitori si è dato al mestiere di commediante, purchè gli stessi genitori non sieno commedianti, 11) la discendente, la quale meni una vita immorale, sebbene i genitori le abbiano procurato l'opportunità di un buon matrimonio, se è minore, e sebbene i genitori non si sieno opposti a farla maritare, se è maggiore,

(3) Nov. 115. c. 5. pr.

(4) Nov. 115. c. 3. pr.

(5) Veramente pei discendenti riguardo alle donazioni *dotes*, *donationes propter nuptias*, e *militiae* può incontrarsi un'eccezione, giacchè i discendenti debbono conferir queste cose anche nella successione testamentaria, quando i coeredi son pure discendenti, per la Nov. 18. c. 6.; ma ciò non si può estendere più oltre, altrimenti chi avesse donato o legato all'erede legittimario tanto da agguagliare la sua quota legittima, non potrebbe istituire il medesimo in alcun'altra cosa, il che sarebbe un assurdo.

(6) V. § 349. Nota 25.

12) colui che non ha preso cura del testatore e lo ha abbandonato senza ajuto durante una temporanea demenza, 13) colui che ha trascurato di riscattare dalla prigionia il testatore, quando era in istato di farlo, e 14) chi ha abbracciata l'eresia (7). B. Per contrario non vi sono che otto ragioni, per le quali gli ascendenti possono essere esclusi: 1) allorchè hanno accusato in un giudizio capitale i loro figliuoli, salvo per delitto di alto tradimento, 2) o hanno attentato alla vita dei medesimi, 3) allorchè il padre ha tenuto illecito commercio colla sua nuora o colla concubina del figliuolo, 4) quando hanno una volta impedito il testatore dal far testamento, 5) quando i genitori hanno reciprocamente insidiato alla vita l'un dell'altro, 6) quando hanno abbandonato i loro figliuoli o uno di essi caduto in demenza, 7) quando non li hanno riscattati dalla prigionia, e 8) quando si son dati all'eresia (8).

3.° Se si contrasta la verità di alcuna di siffatte ragioni, gli eredi istituiti han sempre il carico di provarne la verità; ma non si tien conto di niun'altra ragione di una diseredazione per pena, *causae ingratitudinis* (9), il che però non si applica alla *exheredatio bona mente* (10), per la quale si può in generale fare eziandio una diseredazione dei postumi, mentre una diseredazione per pena non si può tuttavia immaginare se non per i postumi impropri, i quali, pel mancare de' più prossimi discendenti, si fanno avanti e divengono eredi intestati immediati (11).

4.° Se per la diseredazione o preterizione di un erede legittimario non siasi affatto indicata alcuna ragione, o siasi indicata una ragione illegale, o se non possa dagli eredi testamentarii dimostrarsi la verità di una legittima ragione, l'esclusione non nuoce agli eredi legittimarii, mentre rescisso il testamento, *testamento infirmato s. everso*, sulla loro richiesta si viene alla successione intestata, nella quale prendono parte tutti gli eredi intestati che concorrono. Non per tanto sono invalidate soltanto le istituzioni di erede contenute nel testamento, mentre al contrario sussistono i legati, che in tal caso si debbono adempiere dagli eredi intestati, le nomine di tutori, le sostituzioni pupillari, ed altre secondarie disposizioni (12), e questo generalissimamente, essen-

(7) Nov. 115. c. 3. § 1-14.
(8) Nov. 115. c. 4. § 1-8.
(9) Nov. 115. c. 3. pr. § 14. c. 4. § 9.
(10) *Thibaut* teorica dell' interpetrazione logica § 24.; *Zimmern* nell' Arch. per la prat. civ. vol. VIII. p. 153. seg.
(11) V. § 347.
(12) Nov. 115. c. 3. § 14. c. 4. § 9.

dochè le antiche disposizioni intorno ad una conservazione ristretta dei legati ed altre disposizioni nella *bonorum possessio* e nella *quaerela inofficiosi* son cessate (13). È però molto controverso con qual mezzo legale gli eredi legittimarii lesi debbano impugnare il testamento. Ma dal silenzio di Giustiniano sopra un tal punto s' intende di per sè che siano da applicarsi gli antichi principii, in quanto si possano conciliare con le nuove disposizioni. Infatti contro al così detto sistema di nullità, che riguarda come nullo il testamento, e per conseguenza a tutti gli eredi intestati che concorrono, anche a quei che son validamente diseredati, senza riguardare se le persone lese si dolgano o no, concede l'ordinaria *hereditatis petitio ab intestato* da potersi promuovere in trent'anni (14), si oppone già quest' osservazione che Giustiniano non parla d' invalidità ma di rescissione del testamento (15). Ma va del pari tropp' oltre il così detto sistema misto, che riguarda l' antica teorica della preterizione dei *sui* ed *emancipati* come tuttora in voga, secondo il quale per regola si dee intentare la *querela inofficiosi*, ma non per tanto se i *sui* o *emancipati* sieno stati senza legittima ragione trasandati dal loro padre, allora tutti i figliuoli non diseredati espressamente possono domandare la *bonorum possessio contra Tabulas*, ed sui trasandati possono anche in ogni tempo trattare il testamento come *ipso jure nullum* o *ruptum*, senza esser tenuti ai legati (16). Ma anche a questo si oppone di nuovo che il testamento non è invalido ma debb'esser rescisso; ed oltre a ciò che nella Novella non si fa alcuna differenza tra preterizione e diseredazione, che Giustiniano fa qui partecipare alla successione tutti gli eredi intestati che concorrono, e che

(13) Nov. 115. c. 4. § 9. Confr. § 348. Nota 20-25. e § 350. Nota 44-48.

(14) Conf. *Zimmern* ricerche sulle teoriche del dritto Romano n. 3.; *Bluntschi* l. c. *Francke* l. c.

(15) Secondo i veri principii ermeneutici sull' applicazione delle leggi correttorie, non si può in fatti parlar del sistema di nullità, o del sistema di derogazione, secondo che alcuni meglio il vogliono denominare. È ancora assolutamente incredibile che agli eredi legittimarii validamente diseredati Giustiniano avesse voluto concedere d'impugnare il testamento a cagione di un altro erede legittimario trasandato, anche quando questi non volesse agire, e la ragione principale che si suole allegare pel sistema di nullità, cioè che così si abbia il risultato più semplice, e per conseguenza si corrisponda meglio allo scopo di Giustiniano di semplificare il dritto ereditario degli eredi legittimarii, non ha alcun valore, imperocchè il sistema puro d' inofficiosità non è in nulla più favorito, e nell'applicazione è più difficile, ma ha il gran vantaggio di non permettere niuna così lunga e così grande incertezza della successione, come è possibile quando tutti gli eredi abintestato che concorrono potessero per trent'anni trattare il testamento come invalido.

(16) Confr. *Glück* spieg. sistem. delle Pand. vol. VII. p. 324. seg.; *Haubold* de different. inter testamentum nullum et inofficiosum (Opusc. n. 1.) c. 7.; *Meno-Balett* l. c.

egli vuol sempre che sieno conservati i legati. Da tutto ciò è manifesto che non può sostenersi se non il così detto sistema puro d'inofficiosità, secondo il quale o che l'erede legittimario leso sia un *suus* o un *emancipatus*, o un altro discendente, o un ascendente, o già esistente al tempo della formazione del testamento, o sopravvenuto di poi come *posthumus*, o espressamente diseredato o trasandato, il testamento in tutt'i casi debbe essere impugnato con la querela *inofficiosi testamenti*, e ciò può fare il solo erede leso, nel che si applicano ancora tutte le speciali restrizioni di quest'azione; ma non per tanto quando la persona lesa ha promossa la querela, gli eredi testamentarii son tenuti a dimostrare la verità delle ragioni di diseredazione impugnate, e quando il testamento vien rescisso, tutti gli eredi intestati che concorrono coll'attore, anche quelli che sono stati istituiti o validamente diseredati, o che non sono eredi legittimarii, possono venire insiem con lui alla successione, ma i legati e le altre secondarie disposizioni del testamento rimangono in vigore, se pure non vengano per altre ragioni a cadere (17). La Novella 115 in generale non si estende alla querela dei fratelli e delle sorelle, come pure alla querela *inofficiosae donationis et dotis*. Per la qual cosa l'antica teoria su questo punto rimane inalterata, e del pari non è colpito dalla Novella (18) il principio che nei testamenti dei soldati, nei testamenti dei figliuoli di famiglia sul loro peculio quasi castrense, e nelle sostituzioni pupillari non sia mestieri di aver riguardo agli eredi legittimarii (19).

CAPITOLO VI.

DELLA SUCCESSIONE NEL PATRIMONIO DEI LIBERTI (*).

I. Successione intestata:

1) *Prima dell'epoca Imperiale*

§ 352. Una successione, che sotto più rapporti si allontana dalle regole generali, ha luogo nel patrimonio dei liberti, e qui tra i li-

(17) Confr. Vinnii Sel. quaest. II. 21.; *Pufendorff* observ. T. IV. obs. 76.; *Koch* bonor. posses. § 8.; *Schomann* manuale del dritto civ. vol. I. p. 139. seg.

(18) Ciò apparisce chiaramente dalla posteriore Nov. 123. c. 19., giacchè qui i testamenti degli ecclesiastici sul loro *peculium quasi castrense* sono di nuovo assoggettati alla querela, e per conseguenza le antiche esenzioni dalla querela son presupposte come tuttora esistenti.

(19) V. § 333. Nota 13. § 347. Nota 42. § 349. Nota 33-36.

(*) *Unterholzner* nel giornale per la cogniz. stor. del dritto vol. V. n. 2. *Huschke*

berti sono da compcendere eziandio i figliuoli emancipati, e le moglie d i figliuoli liberati dal *mancipium* (1).

1.° Secondo il dritto civile antico ereditavano anche qui 1) inprima i *sui heredes* perfettamente come per le altre persone (2); ma in mancanza di *sui* 2) il *patrono* e i suoi figliuoli di amendue i sessi prendevano il posto degli agnati ed ereditavano del pari che gli agnati secondo la prossimità del grado, cosicchè di più *patroni* l'uno escludeva i figliuoli dell'altro, ed il più prossimo discendente escludeva il più remoto, ma se vi erano più *patroni* o più discendenti del medesimo grado, venivano sempre alla divisione per capi (3). Intanto il dritto ereditario si estingueva per una *capitis diminutio* del *patrono* o del liberto (4), e da ultimo se non vi era nè il *patrono* nè un suo discendente, allora 3) il patrimonio deferivasi alla *gens* del *patrono*, il che pei liberti di un plebeo pare fosse interpetrato nel senso che qui la famiglia del patrono ammettevasi invece della *gens* che i plebei non avevano (5).

2.° Era qui molto particolare la *bonorum possessio intestati* secondo l' Editto del Pretore, il quale distingueva non meno di otto classi

studi del dritto Romano. Breslau 1830. 8. n. 2.; *Meyer* de hereditate parentis manumissoris. Tubingae 1832. 8.; *Francke* de manumissorum successione spec. I-III. Jenae 1836. 8.

(1) § 6. J. quib. mod. jus. patr. pot. solv. (1. 12.) § 8. J. *de legit. agn. succ.* (3. 2.) L. 4. in fine C. *de bon. lib.* (6. 4.). Un' eccezione, come da se s' intende, incontrasi allorchè i figliuoli per la prima o seconda volta erano stati liberati dal *mancipium*, imperocchè essi allora ricadevano di nuovo sotto la potestà del padre, e quindi non divenivano effettivamente liberi; V. § 62. Nota 26.

(2) Caj. III. 40.; Ulp. XXVII. 1. XXIX. 1.; pr. J. *de suc. lib.* (3. 7.)

(3) Caj. III. 45. 46. 51. 58-62.; Ulp. XXVII. 1-4. XXIX. 2. 5.; Paul. S. R. III. 2. § 1. 3. L. 3. pr. D. *de suis et* leg. (38. 16.) Collat. XVI. c. 8. Fragm. Vat. § 308, Theoph. I. 17.

(4) Caj. III. 51.; Ulp. XXVII. 5.; § 2. J. *de Sct. Orphit.* (3. 4.)

(5) Cic. de Orat. I. 39. Soltanto da ciò che si ammette nel testo, e che è confermato anche pel dritto ereditario della *familia patroni* riconosciuto posteriormente nell' Editto si fa chiara la contesa tra la patrizia *gens Claudia*, e la *familia plebea* de' *Claudii Marcelli* presso Cic. l. c. I Claudii Marcelli discendevano senza dubbio da un plebeo per nome Marcello, che un Patrizio per nome Claudio si avea adottato, e per questo la *gens Claudia* voleva anche estendere il suo dritto ereditario sui liberti dei Claudii Marcelli, come se questi appartenessero alla *gens*, mentre i Claudii Marcelli rivendicavano il dritto ereditario esclusivamente alla loro famiglia. È poi indifferente relativamente alla pruova di che qui si tratta che questa controversia riguardasse la successione del figliuolo di un liberto; imperocchè se il dritto di successione si applicava rispettivamente alla *gens* o alla *familia patroni* anche ai figliuoli dei liberti, allorchè questi morivano senza agnati, dovea tanto maggiormente applicarsi anche ai liberti medesimi.

di eredi (6): 1) *unde liberi*. Questa classe non altramente che pei non manomessi comprendeva eziandio oltre i *sui* anche gli *emancipati* (7); solamente qui eravi la restrizione, che quando i *sui* non erano figliuoli naturali, ma figliuoli adottivi, o *uxores in manu* del liberto, o dei suoi figli, un *patrono* maschio dovea concorrere con essi e prendere la metà del patrimonio (8), 2) *unde legitimi*. Anche qui i *patroni* e i loro figliuoli erano chiamati nella stessa guisa che secondo il dritto civile (9). Però in conformità del principio altra volta ricevuto che nella classe *unde legitimi* ereditavano soltanto le più prossime agnate, cioè le *consanguineae* e non già le donne di grado più lontano (10), doveano anche qui succedere soltanto le *patrone* ma non già le figliuole de'*patroni*, e noi troviamo effettivamente che questa conseguenza veniva osservata (11). 3) *Unde decem personae*. Questa classe s'incontrava soltanto per coloro, che erano liberati dal *mancipium*, ma qui escludeva la classe *unde legitimi*, giacchè dieci determinati parenti del manomesso erano preferiti alla successione patronale dell'*extraneus manumissor* e dei suoi discendenti (12). 4) *Unde cognati*. In questa classe che avea una principale importanza pei figliuoli emancipati, sebbene fosse anche possibile per gli altri manomessi (13), eran compresi i soli parenti del sangue del manomesso secondo la prossimità del grado, i quali però non succedevano che dopo il patrono e i suoi figliuoli (14). Per le donne manomesse i loro figliuoli erano anche compresi in questa classe e per conseguenza non venivano alla successione che dopo il patrono, salvo allor-

(6) *Goschen* nel mag. civ. di *Hugo* vol. IV. N. 12.

(7) Ulp. XXVIII. 7. 8.; § 8. J. *de bon. poss.* (3. 9.)

(8) Caj. III. 41. 45. 46. Ulp. XXIX. 1; L. 1. § 2. D. *de bon. lib.* (38. 2.) § 1. J. *de succ. lib.* (3. 7.) V. § 353. N. 3.

(9) Caj. III. 41. 45. 46., Ulp. XXIX. 2. L. 17. L. 18. D. *de bon. lib.* (38. 2.) § 3. J. *de bon. poss.* (3. 9.) Confr. Nota 3.

(10) V. sopra § 337. Nota 12.

(11) Ulp. XXIX. 4. 5.; Caj. III. 53.

(12) Collat. XVI. c. 9.; § 2. § 3. J. *de bon. poss.* (3. 9.) Theoph. ad h. l. Presso Ulp. XXVIII. 7. questa classe è interamente trasandata, probabilmente perchè di rado ne accadeva di parlare, giacchè il *mancipium* al tempo di Ulpiano era già divenuto raro.

(13) Non vi è bisogno di spiegare come questa classe poteva incontrarsi per coloro che erano stati liberati dal *mancipium*, imperocchè essi erano usciti soltanto dalla famiglia, ma non aveano perduto la parentela del sangue dei loro parenti naturali. In quanto ai liberti propriamente detti, da prima appartenevano qui soltanto i loro figliuoli, che un altro avea adottati Ulp. XX VIII. 3., come pure i figliuoli di donne manomesse; ma secondo una disposizione di Giustiniano anche i loro genitori manomessi insieme con loro § 10. J. *de grad. cognat.* (3. 6.)

(14) Ulp. XXVIII. 7. 9. § 3. J. *de bon poss.* (3. 9.) § 9. 10. J. *de grad. cogn.* (3. 6.)

chè o il patrono o la manomessa avesse patito una *capitis diminutio minima*, nel qual caso, perchè il dritto ereditario patronale si teneva come estinto, veniva immediatamente la classe *unde cognati* (15). 5) *Familia patroni* o *tum qua s. tum quem ex familia*, pei quali s' intendevano gli agnati del *patrono* nel medesimo ordine, nel quale succedevano allo stesso come *legitimi heredes* (16). 6) *Patronus, patrona, item liberi et parentes eorum*, la qual classe si riferiva al caso che lo stesso *patrono* fosse un liberto, nel qual caso, in mancanza di più prossimi eredi, eran chiamati il suo *patrono* come pure i figliuoli e genitori del medesimo (17). 7) *Unde vir et uxor*. Dopo tutti i predetti eredi veniva il conjuge sopravvivente del defunto (18). 8) *Cognati patroni*. In ultimo luogo venivano anche i semplici cognati del *patrono* (19).

2) *Nell'epoca Imperiale.*

§ 353. L'ordine di successione dell' Editto, che qui abbiamo esposto, si mantenne fino a Giustiniano ; non per tanto sotto gl' Imperadori patì parecchie modificazioni.

1.° In prima la *lex Junia et Papia Poppaea* vi portò parecchie alterazioni (1): 1) allorchè un liberto avea nel patrimonio 100,000 sesterzii, e meno di tre figliuoli, allora il *patrono* o i suoi discendenti maschili doveano concorrere anche coi figliuoli naturali del liberto, e prendere una porzione virile, ma, se vi erano tre o più figliuoli, ne rimanevano esclusi (2). 2) Una *patrona* avente due figliuoli se era ingenua, e tre, se era liberta, poteva egualmente che un patrono maschio concorrere secondo l' Editto coi figliuoli adottivi e coll' *uxor in manu* del liberto, ed una patrona ingenua che avesse partorito tre figliuoli poteva del pari che un patrono maschio concorrere anche coi figliuoli naturali del liberto (3). 3) Medesimamente dovea alle figliuole del patrono competere in generale il medesimo dritto ereditario che a lui stesso ed ai suoi figliuoli, quando avesse partorito anche un solo figliuo-

(15) Caj. III. 51.; Ulp. XXVII. 5. V. Nota 4.

(16) Ulp. l. c.; § 3. J. cit.; Theoph. ad h. l.; *Goschen* l. c. p. 267-299.

(17) Ulp. XXVIII. 7. XXIX. 6.; Collat. XVI c. 9. § 1. ; § 3. 5. J. *de bon. poss.* (3.9.); Theoph. ad h. l.; L. 4. in fine C. *de bon. lib.* (6.4.) *Goschen* l. c. p. 299. seg.; *Huschke* l. c. p. 58. seg.

(18) Ulp. XXVIII. 7.; Collat. l. c.; § 3. J. cit.

(19) Ulp. l. c.; Collat. l. c.; § 3. J. cit.

(1) *Huschke* l. c. p. 25-58.

(2) Caj. III. 42. 45.; § 2. J. *de succes. libert.* (3.7.)

(3) Caj. III. 49. 50.; Ulp. XXIX. 6. e 7. V. § 252. Nota 8.

lo (4), nondimeno esse per concorrere coi figliuoli adottivi e coll'*uxor in manu* del liberto doveano avere ottenuto il *jus trium liberorum* (5). 4) Una liberta che avea quattro figliuoli dovea esser liberata dal padronato del suo *patrono*, ma questi per una indennità dovea insieme coi figliuoli di lei, che succedevano nella classe *unde cognati*, ereditare una porzione virile (6).

2.° Quando la *lex Aelia Sentia* ebbe introdotta la classe dei dedititii (7), stabilì pel dritto ereditario la distinzione, che a coloro i quali per la manomissione sarebber divenuti *liberti cives*, se non avessero prima commesso un delitto, si dovesse anche succedere nella stessa guisa che a' cittadini (8), ma diversamente dovesse esser per coloro, i quali anche senza delitto non avrebbero ottenuto che la sola Latinità (9). Intanto non era detto, o almeno non era chiaramente espresso nella legge come si avesse a succedere nell'ultimo caso, nondimeno più tardi furono a questo caso applicati i principii sopra la successione dei *Latini Juniani* (10).

3.° Cioè la *lex Junia Norbana* concedendo a tutti i manomessi imperfettamente il *jus latinorum*, dal che ebbero anche il nome di *Latini Juniani* (11), lasciò stare tuttavia l'antica regola, che i medesimi vivevano soltanto come liberi, ma morivano come schiavi (12), per la qual ragione qui non avea luogo alcuna successione propria, ma il patrimonio de'medesimi ricadeva al loro antico padrone, ed agli eredi di lui, senza riguardo alle regole sulla successione nel padronato (13). Intanto un Senato-consulto Largiano an. di R. 794. (42. d. Cr.) portò qui un certo ravvicinamento colla successione dei *liberti cives*, essendochè esso stabilì che anche la successione di un *latinus Junianus*, quando il manomettente fosse morto con un testamento, dovesse in prima ricadere ai suoi discendenti non diseredati nominatamente, anche ai trasandati nel testamento, e solo quando non vi fossero discendenti, dovesse appartenere agli altri eredi del manomettente, intor-

(4) Caj. III. 53.; Ulp. XXIX. 7.; V. § 252. Nota 11.
(5) Caj. III. 46.; Ulp. XXIX. 5. V. § 252. Nota 8.
(6) Caj. III. 44. 47.; Ulp. XXIX. 3.
(7) La mia St. § 80.
(8) Caj. III. 74. 75.
(9) La mia St. § 80. Nota 3. e 4.
(10) Caj. III. 76.
(11) La mia St. § 80. Nota 8.
(12) La mia St. § 35. Nota 15.
(13) Caj. III. 55-62.

no al che veramente si fece quistione se effettivamente si fosse inteso parlare di tutt' i discendenti (14). Sopra ciò un Editto di Trajano prescrisse eziandio che se un *latinus Junianus* senza il consenso del manomettente avesse ottenuto dall' Imperadore il *jus Quiritium*, cioè la cittadinanza (15), non ostante la cittadinanza, dovesse per lui aver luogo la successione speciale dei *latini Juniani* (16). Nondimeno un Senato-consulto sotto Adriano portò a ciò un mutamento pel caso che posteriormente incontrassero avvenimenti tali che il *Latinus Junianus* anche senza la concessione del *jus Quiritium* per parte dell' Imperadore sarebbe divenuto cittadino Romano (17).

4.° Inoltre il Senato-consulto Tertulliano emanato anche sotto Adriano, esercitò pure la sua influenza sulla successione nel patrimonio de' liberti, essendochè in esso era prescritto che la madre di un defunto la quale essendo ingenua avesse partorito tre volte, o essendo liberta, quattro (18), non solo dovesse esser preferita a tutti i parenti collaterali (19), ma dovesse eziandio aver sempre la preferenza sull' Avo e bisavo, la qual cosa pei figliuoli emancipati assicurò al dritto ereditario della madre la preferenza sul dritto ereditario patronale, quando l'Avo o il bisavo del defunto avesse eseguita l'emancipazione (20).

5.° Maggiore influenza ebbe il Senato-consulto Orfiziano sotto Marco Aurelio dando ai figliuoli il più prossimo dritto ereditario anche rispetto alla loro madre, e per conseguenza introducendo anche qui la classe *unde liberi*, la quale escludeva dalla successione il *patrono* del pari che i parenti collaterali (21), nel che però non si ha alcun dubbio che nei casi in cui il *patrono*, secondo la *lex Papia Poppaea* concorreva coi figliuoli del suo liberto (22), questo stesso avea pur luogo anche nella successione di una donna manomessa (23).

(14) Caj. III. 63-71.; § 4. J. *de success. libert.* (3. 7.) L. un. § 12. 13. C. *de lat. lib. toll.* (7. 6.)

(15) La mia St. § 82. Nota 1.

(16) Caj: III. § 72.; § 4. J. cit.

(17) Caj. III. § 73. Confr. la mia St. § 82. Nota 14-24.

(18) Paul. S. R. IV. 9. V. sopra § 339. Nota 6-12.

(19) § 3. 7. J. *de Sct. Tertull.* (3. 3.) L. 2. pr. § 1. seg. L. 7. D. *eod.* (38. 17.)

(20) § 3. J. *eod.* L. 2. § 15. D. *eod.* Le parole: « quamvis fiduciam contraxerint » qui non vogliono dir altro se non che: quamvis emancipaverint et patronatum habeant ». Confr. § 8. J. *de legit. agn. succ.* (3. 3.)

(21) Pr. § 1. 2. J. *de Sct. Orphit.* (3. 4.) L. 1. pr. D. *de Sct. Tertull.* (38. 17.) Confr. con Caj. III. 51.; Ulp. XXIX. 2. V. sopra § 339. Nota 15-20.

(22) V. Nota 2-5.

(23) Pare veramente strano che Ulpiano non vi fa alcuna osservazione, ma il titolo

6.° A queste disposizioni si aggiunsero ancora parecchie modificazioni che le costituzioni degli Imperadori Cristiani apportarono nel dritto ereditario, e che in parte aveano applicazione anche nella successione dei liberti, come l'ammissione di quasi tutt'i discendenti nella classe *unde liberi* (24).

7.° Ma a ciò si aggiunsero eziandio parecchie costituzioni, che ebbero specialmente per oggetto l'eredità dei liberti. Così Valentiniano III. tolse via ogni concorrenza del *patrono* coi discendenti del liberto (25), ed ammise ancora a succedere nella metà del patrimonio i genitori e i fratelli e le sorelle del liberto insieme con gli eredi del *patrono*, quando il *patrono* medesimo non esisteva (26). Ma sono particolarmente da notare le seguenti disposizioni di Giustiniano: 1) il dritto ereditario patronale cessa interamente in più casi, segnatamente quando il patrono anticipatamente vi abbia rinunziato, al che prima non si avea alcun riguardo (27). 2) Ma quando esso ha luogo succedono nella guisa medesima che per le altre persone A. i discendenti del liberto di qualsivoglia maniera, ad eccezione soltanto dei figliuoli adottivi; B. di poi il patrono ed i suoi discendenti di ogni maniera, ad esclusione anche qui dei figliuoli adottivi, e nel tempo stesso con la pura successione graduale, cosicchè il grado più prossimo esclude in tutto il più remoto; C. da ultimo i parenti collaterali del patrono secondo la prossimità del grado (28). Quest'ordine di successione fu espressamente stabilito anche per la successione dei figliuoli emancipati (29), e per rispetto ai liberti in proprio senso fu anche indirettamente esteso in ciò, che Giustiniano abolì la classe dei *Dedititii* e dei *Latini Juniani* e dichiarò tutt'i manomessi *liberti cives* (30). Intanto Giustiniano posteriormente cambiò anche di avviso per rispetto ai figliuoli emancipati. Imperocchè dopo che egli da prima ebbe ristretto il dritto ereditario patronale del padre a favore dei fratelli e delle sorelle (31), nell'introdurre con la

XXIX. dei suoi frammenti, dove ciò dovreb be stare, è monco, come già il dimostra il principio del § 3.

(24) V. § 340. e 341.

(25) Nov. Valentin. III. tit. 25. § 6.

(26) Ivi § 7.

(27) L. 3. L. 4. pr. C. *de bon. lib.* (6. 4.)

(28) L. 4. C. cit.

(29) L. 4. in fine C. cit. Confr. § 6. J. *quib. mod. jus. patr. pot. solv.* (1. 12.) § 8. J. *de legit. agn. succ.* (3. 2.) L. 6. C. *de emancip.* (8. 49.)

(30) La mia St. § 131. Nota 2.

(31) L. 13. C. *de legit. hered.* (6. 58.)

novella 118 il suo nuovo ordine generale di succedere applicò questo anche alla successione dei figliuoli emancipati (32); il perchè per costoro non è più a parlare di dritto ereditario patronale.

II. Successione testamentaria

§ 354. Il dritto civile antico non ammetteva pei libertini alcuna restrizione di testare (1), mentre poi le libertine avean mestieri per far testamento del consenso del *patrono* come loro legittimo tutore (2), il che non per tanto divenne qualche cosa di singolare, solo allorchè la *lex Claudia* sotto Claudio ebbe liberate le altre donne dalla tutela perpetua (3), ed in sul finire del 2.° Secolo dopo Cr: non esisteva più (4), ma anche prima di quel tempo era stato mitigato in ciò, che i semplici *tutores fiduciarii*, quali appunto erano i tutori delle manomesse, non poteano rifiutare il loro consenso (5), e che le donne manomesse, le quali aveano partorito quattro figliuoli, furono dalla *lex Papia Poppaea* liberate dalla continua tutela (6). Ma, come avea preso voga l'opinione che un testatore non potesse in tutto trasandar senza considerazione i suoi eredi intestati, così le applicazioni di questo principio si estesero anche al dritto ereditario patronale, se pure quella opinione originariamente non si formò appunto per questo rapporto (7).

1.° L'Editto del Pretore prescrisse che un liberto, il quale non avesse figliuoli naturali, facendo testamento dovesse istituire nella metà del patrimonio il suo patrono maschio, o se questi fosse morto, i suoi più prossimi discendenti maschi (8), ma ciò non riguardava i testamenti delle donne manomesse, imperocchè qui il patrono era garentito pel consenso che gli si dovea richiedere (9).

2.° Più innanzi andò la lex *Papia Poppaea* disponendo 1) che anche

(32) Nov. 118. c. 2. 4. Di altra opinione è *Mayer* l. c.

(1) Caj. III. 40.; Ulp. XXIX. 1.; pr. J. *de success. lib.* (3. 7.) L. 4. C. *de bon. lib.* (6. 4.)

(2) Caj. III. 43. I. 192. II. 118. 122.; Livius XXXIX. 9.

(3) V. § 133. Nota 8.

(4) Nella L. 13. § 2. D. *de tutor. dat.* (26. 5.) di Papiniano manifestamente vien presupposto che la *legitima patronorum tutela* sulle donne puberi era cessata.

(5) Caj I. 115.

(6) Caj. III. 44. 45. 59.; Ulp. XXIX. 3, 4.

(7) Si è già osservato nel § 349. che l'istituzione del patrono prescritta nell'Editto potè bene servir di fondamento alla *querela inofficiosi.*

(8) Caj. III. 41. 45. 58.; Ulp. XXVII. 1. XXIX. 1. 4.

(9) Caj. III. 43. 44.

il liberto avente figliuoli naturali, ma meno di tre, se il suo patrimonio ascendesse a 100,000 sesterzii, dovesse istituire nella porzione di un figliuolo il *patrono* o i suoi discendenti maschi (10), 2) che le *patrone* e le discendenti del *patrono* nelle circostanze, in cui nella successione intestata erano agguagliate al patrono, ed ai suoi discendenti maschi (11), avessero egualmente lo stesso dritto ad esser considerate nel testamento del liberto (12), e 3) che una liberta la quale avea il *jus quatuor liberorum*, potendo ora testare indipendentemente dal patrono, dovesse lasciargli la porzione di un figliuolo (13).

3.° I *Dedititii* della *lex Aelia Sentia* non erano ammessi a testare, ed i *Latini Juniani* ne erano espressamente esclusi dalla *lex Junia* Norbana (14).

4.° Valentiniano III. restrinse anche alquanto il dritto del *patrono* e dei suoi discendenti nel seguente modo: 1) se un liberto o una liberta avea discendenti di qualsivoglia maniera, questi senza alcuna restrizione potevano esser nominati eredi dell'intera facoltà. 2) Ma se non v'era alcun discendente, allora A il *patrono* medesimo dovea conservar senza diminuzione i dritti che gli competevano secondo le antiche leggi; mentre al contrario B. ai figliuoli del patrono ed ai loro discendenti non si era tenuto di lasciare che il terzo dell'eredità, e C. alle figliuole del patrono ed ai loro discendenti non v'era obbligo di lasciar nulla (15).

5.° Finalmente Giustiniano ridusse la cosa a questo, che 1) i liberti di amendue i sessi, i quali possedevano meno di 100 solidi potessero testare senza avere alcun riguardo al *patrono* ed ai figliuoli di lui; 2) ma per coloro che possedevano più si dovesse fare la seguente distinzione: A. se erano stati istituiti dei discendenti del testatore, allora questi escludevano assolutamente il *patrono*. B. Del pari i discendenti eran preferiti al *patrono*, allorchè erano stati diseredati, ma aveano fatto rescindere il testamento con la *querela inofficiosi testamenti*. C. Per contrario se il testatore non avea alcun discendente, o se questi erano stati tutti validamente diseredati, allora al patrono ed ai suoi discendenti fino al quinto grado dovea lasciarsi un terzo del patrimonio,

(10) Caj. III. 42. § 2. J. *de success. lib.* (3. 7.) L. 4. C. *de bon. lib.* (6. 4)
(11) V. § 353. Nota 3-5.
(12) Caj. III. 49. 50.; Ulp. XXIX. 6.; Caj. III. 53.; Ulp, XXIX. 7.; Caj. III. 46. 47.; Ulp. XXIX. 5.
(13) Caj. III. 43. 44.; Ulp. XXIX. 3.
(14) Caj. III. 75.; Ulp. XX. 14. 15.
(15) Nov. Valentin. III. tit. 25. § 2. 3. 4. 8.

altrimenti essi potevano impugnare il testamento (16). I soldati in forza di un Rescritto di Antonino Pio sono anche dispensati dall' obbligo di gratificare il loro patrono nei loro testamenti (17).

III. Conseguenze della violazione dei dritti successorii patronali.

§ 355. Siccome l' Editto del Pretore attribuì condizionatamente al patrono ed ai suoi discendenti un dritto ad essere istituiti nel testamento di un liberto, così prescrisse per conseguenza che, quando non fossero stati considerati, potessero domandare la *bonorum possessio contra tabulas*. Nondimeno perciò non si rescinde tutto il testamento, ma il patrono o i suoi discendenti ottengono solamente la parte dell'eredità che loro è dovuta (1); e però accrescono in certa guisa il numero degli eredi istituiti nella medesima guisa che le figliuole o i nipoti del testatore trasandati (2). Oltre a ciò han luogo parecchie eccezioni, per le quali la *b.p.c.t.* o non viene affatto conceduta, o perde di poi la sua efficacia: 1) allorchè sieno stati lesi i figliuoli del testatore, ed abbiano fatto rescindere tutto il testamento con la *querela inofficiosi testamenti*, allora non si ha più riguardo alla *b. p. c. t.* data al patrono (3). 2) Siccome i soldati, secondo la disposizione di Antonino Pio, non son tenuti a considerare nel testamento il loro patrono, così cessa anche qui la *b. p. c. t.* (4). 3) Contro il testamento di un emancipato in generale solo il padre può chiedere la *b. p. c. t.*, ma nol possono i fratelli, sebbene figliuoli del patrono (5). 4) I figliuoli diseredati del patrono neppure hanno alcun dritto alla *b. p. c. t.* (6). 5) Se il patrono senza esser caduto in errore, ha accettato dei legati o delle altre disposizioni fatte nel testamento a suo benefizio, è del pari escluso dalla *b.p.c.t.* (7),

(16) L. 4. C. *de bon. lib.* (6. 4.)

(17) L. 1. § 4. D. *si a par. quis man. sit.* (37. 12.) L. 37. § 1. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(1) Caj. III. 41.; XXIX. 1.; L. 1. pr. § 4-6. L. 3. § 1. D. *si a par. quis man. sit.* (37. 12.) L. 1. § 2. L. 2. L. 3. D. *de bon. libert.* (38. 2.) L. 1. C. *de bon. poss. c. t. liberti* (6. 13.)

(2) V. § 347. Nota 11.

(3) L. 16. § 1. D. *de inoff. test.* (5. 2.)

(4) L. 1. § 4. D. *si a par. quis man. sit.* (37. 12.) L. 37. § 1. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(5) L. 1. § 5. 6. D. *si a par. quis man. sit.* (37. 12.)

(6) L. 10. § 1. L. 11. L. 12. L. 13. D. *de bon. lib.* (38. 2.)

(7) L. 6. § 1. L. 7. L. 8. L. 46. L. 50. § 6. D. *eod.* L. 2. C. *de bon. poss. c. t. liberti* (6. 13.)

ed il medesimo vale (8) per pena allorchè egli ha accusato di un delitto capitale il liberto, o ha tentato di revindicarlo in ischiavitù (9). Se il patrono non vuol chiedere la *b. p. c. t.*, possono farlo i suoi figliuoli, ed anche i più lontani discendenti, allorchè i più prossimi nol vogliono. Ma se il patrono sia stato istituito, allora, anche se abbia conseguito di meno, non può impugnare tutto il testamento, ma sibbene può intentare un'*actio ad supplendam legitimam* contro i suoi coeredi (10). Il patrono il quale ha ottenuto la *b. p. c. t.* non è obbligato a soddisfare i legati ed altri pesi contenuti nel testamento (11). L'abuso invalso, che i patroni anche dopo la morte del liberto rivocavano le manomissioni per cagione d'ingratitudine, e si appropriavano per tal modo tutta la successione, quando non fossero stati convenevolmente considerati nel testamento del liberto, fu di già riformato da Valentiniano III. (12). Per contrario rimangono tuttora nel dritto di Giustiniano parecchie disposizioni a garentia del dritto ereditario patronale, le quali possono esser riguardate come precursori della *querela inofficiosae donationis*. Queste sono:

1.° Il principio stabilito nell' Editto del Pretore che, acciocchè il liberto non possa indirettamente sottrarre il suo patrimonio al patrono, questi può impugnare e far rivocare da parte del liberto tutte le donazioni e le alienazioni da lui fatte al di sotto del giusto prezzo (13), in quanto siensi fatte manifestamente con la dolosa intenzione di sminuire il patrimonio in pregiudizio del patrono, al che non si pon mente solo per le donazioni a causa di morte (14); il qual principio 1) fu introdotto da un Pretore Fabio pel caso che vi fosse un testamento del liberto, non importando del resto se il patrono vi fosse stato istituito, o se per essere stato trasandato nel testamento avesse chiesto la *b. p. c. t.* (15), e per tal ragione l' azione del patrono contro gli acquirenti e loro eredi appellasi qui *actio Fabiana* (16), 2) ma da un Pretore Calvisio fu introdotto pel caso della successione intestata (17), il

(8) L. 9. L. 14. L. 16. pr. D. *de bon. lib.* (38. 2.)
(9) L. 2. pr. D. *eod.*
(10) L. 10. pr. L. 20. pr. L. 50. pr. D. *eod.*
(11) L. 3. § 1. D. *si a par. quis man. sit.* (37. 12.) L. 4. C. *de bon. lib.* (6. 4.)
(12) Nov. Valentin. III. tit. 25. pr. § 1.
(13) L. 1. pr. § 3. 6-25. L. 4. pr. D. *si quid in fraud. patr.* (38. 5.) L. 1. C. *eod.* (6. 5.)
(14) L. 1. pr. § 1. 4. D. *eod.*
(15) L. 1. pr. § 6. 27. L. 3. pr. D. *eod.*
(16) V. § 86. n. II. 4.
(17) L. 3. § 3. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

perchè l'azione in tal caso vien detta *actio Calvisiana* (18); questo principio però ha luogo soltanto pei liberti in senso proprio, e non già anche pei figliuoli emancipati (19);

2.° La disposizione della *lex Aelia Sentia* che tutte le manomissioni a danno del patrono debbano essere nulle (20). Come una notevole estensione analoga dei sopraddetti principi merita qui di esser menzionato, che anche un impubere arrogato, la cui *quarta divi Pii* sia stata lesa per effetto di alienazioni, può far uso dell'azione *Fabiana* e *Calvisiana* (21).

CAPITOLO VII.

DELL' ACQUISTO DELL'EREDITA'.

I. Condizioni dell'acquisto.

§ 356. All'acquisto di un eredità deferita si richiede:

1.° In generale la idoneità legale di divenire erede, e questa presuppone 1) che l'erede chiamato non sia inabile a succedere, o generalmente o nel caso particolare di cui si tratta (1), e 2) che per la sua condotta non siasi renduto indegno della successione (2), il che, sebbene la più parte delle cause d'indegnità non possano presentarsi se non dopo l'adizione, nondimeno per alcune può avvenire anche antecedentemente (3), ed allora rende inefficace l'accettazione. Secondo il dritto antico, 3) si richiedeva eziandio che l'erede non fosse un *incapax*, o che a tempo fosse cessata l'incapacità, ma ciò nel nuovo dritto è scomparso (4).

2.° Allorchè l'erede non è un *heres suus* o *necessarius* che acquista l'eredità *ipso jure*, si richiedono anche quattro cose: 1) la formale e regolare accettazione dell'eredità legalmente fatta (5), 2) il consenso di colui, sotto la cui potestà l'erede si trova, quando non è *sui juris*, al qual consenso, in caso di istituzione di uno schiavo altrui si dee as-

(18) V. § 86. n. II. 5.
(19) L. 2. D. *si a par. quis man. sit.* (37, 12.)
(20) Caj. I. 37.; Ulp. I. 15.
(21) L. 13. D. *si quid in fraud. patr.* (38. 5.)
(1) V. § 309. § 318. § 345.
(2) V. § 391.
(3) Per es. quando l'erede ha cagionato la morte del defunto.
(4) V. § 390.
(5) V. § 301. e 303.

solutamente aver riguardo (6), al contrario pei figliuoli sotto la potestà del padre, mentre prima era anche assolutamente necessario il consenso del padre (7), ora non si richiede se non quando i figliuoli sono impuberi, essendochè secondo la disposizione di Giustiniano i figliuoli maggiori di età possono accettar l' eredità, anche contro il volere del padre, ed i minori, almeno nel caso che per quest' oggetto si lascino nominare un curatore (8). 3) La neccessaria capacità di volontà, la quale per questo riguardo vien riconosciuta per regola non solo nei minori (9), ma contro i principi ordinarii anche nei dichiarati prodighi (10); mentre al contrario A. i dementi anche qui si ritengono come assolutamente privi di volontà (11), e del pari i fanciulli al di sotto di sette anni (12); il perchè quando queste persone stanno sotto la potestà del padre, a costui si appartiene di compiere la loro volontà e di accettare o rinunciare per essi (13), altrimenti si appartiene al tutore (14); B. gli impuberi possono accettare da se medesimi solo col consenso del loro padre o del tutore (15); e C. i ciechi, i sordi e muti han mestieri di un curatore per l' accettazione, per lo meno nel caso che sia manifesto che essi a cagione del loro difetto non sieno in istato di comprendere perfettamente di che si tratta (16). 4) La effettiva e libera volontà di acquistar l' eredità (17), e di acquistarla in quel-

(6) L. 25. L. 48. L. 62. § 1. L. 64-68. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(7) Caj. II. 87.; L. 6. pr. § 4. L. 25. § 4-15. L. 26. L. 30. L. 35. L. 36. L. 52. D. *eod.* L. 18. D. *de R. J.* (50. 17.). Solo per la *bonorum possessio* la cosa era diversa L. 1. C. *qui admitti* (6. 9.), ovvero quando il padre prima della dichiarazione erasi morto L. 15. D. *de jure delib.* (6. 30.)

(8) L. 8. § 1. 3. 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(9) La sola eccezione che s' incontra è quella testè menzionata, quando un minore vuole adire l' eredità contro il volere di suo padre, secondo la L. 8. § 1. C. *eod.*

(10) L. 5. § 1. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(11) L. 47. L. 63. D. *eod.* L. 7. § 3. C. *de cur. fur.* (5. 70.)

(12) § 10. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 18. C. *de jure delib.* (6. 30.)

(13) L. 1. D. *de bon. poss. fur.* (36. 3.) L. 18. pr. § 1. C. *de jure delib.* (6. 30.) L. 8. § 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) L. 7. pr. C. *de cur. fur.* (5. 70.)

(14) L. 50. L. 63. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 65. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 7. C. *qui admitti ad bon. poss.* (6. 9.) L. 18. § 2. C. *de jure delib.* (6. 30.) L. 7. pr. C. *ad Sct. Treb.* (6. 49.) V. appresso § 364.

(15) L. 8. L. 9. L. 49. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 7. § 1. L. 8. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 7. C. *qui admitti ad bon. poss.* (6. 9.) L. 18. § 4. C. *de jure delib.* (6. 30.) L. 8. § 1. 3. 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(16) L. 5. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 65. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Confr. con § 7. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 2. D. *de bon. poss. fur.* (37. 3.)

(17) L. 6. § 7. L. 20. L. 88. D. *de adq. her.* (29. 2.) § 7. J. cit.

la guisa ch'è deferita, e quindi pienamente (18), e senza condizione (19), altrimenti l'accettazione è invalida, anche quando l'erede abbia accettato per comando del suo padrone o padre (20). Soltanto nella *gestio pro herede* non si fa caso dell'intenzione di accettare semplicemente una parte dell'eredità, e quindi s'acquista l'intero (21).

II. Effetti

1) *Generalità.*

§ 357. Per l'acquisto dell'eredità l'erede entra (1):

1.° In tutte le relazioni patrimoniali del defunto coi medesimi dritti e colle medesime obbligazioni che questi avea (2), per la qual ragione si dice che egli lo rappresenta (3), e questo tale effetto prende data retroattivamente dalla morte del defunto, come se fin d'allora fosse divenuto erede (4). I soli dritti e le obbligazioni strettamente personali formano una importante eccezione da questa regola, imperocchè essi si estinguono col defunto (5), mentre al contrario i dritti e le obbligazioni condizionali passano generalmente anche agli eredi (6). Gli effetti più notabili della rappresentazione del defunto per parte dell'erede sono i seguenti: 1) i crediti e i debiti fra loro si estinguono per la confusione (7), e lo stesso è pei dritti reali che appartenevano ad uno sulle cose dell'altro (8). Non per tanto quando vi sono più eredi, na-

(18) L. 1. L. 2. D. *eod.* L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 50.)

(19) L. 51. § 1. 2. L. 75. D. *eod.* L. 77. D. *de R. J.* (50. 17.)

(20) L. 6. § 7. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 65. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(21) L. 10. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(1) L. 37. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(2) L. 59. D. *de R. J.* (50 17.) « Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat ». Confr. Cic. de legib. II. 19.

(3) Nov. 48. prooem.: « cum legibus nostris una quodammodo persona videatur heredis et illius, qui hereditatem in eum transmittit ».

(4) L. 54. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 138. pr. L. 193. D. *de R. J.* (50. 17.)

(5) L. 68. L. 196. D. *eod.* L. 13. D. *de injur.* (44. 10.) § 1. J. *de perpet.* (4. 12.) L. 21. D. *de usu* (7. 8.) L. 3. L. 11. L. 12. L. 14. C. *de usufr.* (3. 33.) L. 16. § 1. D. *de tutel.* (26. 1.) Confr. § 248. Nota 3.

(6) V. § 238. Nota 9. Le eccezioni delle disposizioni condizionali nelle ultime volontà (§ 313. Nota 13.) dipendono da ciò che ogni disposizione è in sè strettamente personale.

(7) L. 75. L. 95. § 2. D. *de solut.* (46. 3.) L. 2. § 18. L. 20. D. *de her. vend.* (18. 4.) L. 7. C. *de pact.* (2. 3.) L. 5. C. *de her. act.* (4. 16.)

(8) L. 9. L. 10. D. *commun. praed.* (8. 4.) L. 1. D. *quaemadm. serv. am.* (8. 6.) L. 24. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 2. § 19. D. *de her. vend.* (18. 4.) L. 18. § 1. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 84. § 4. L. 116. § 4. D. *de legat.* I. (30.)

turalmente la confusione non si verifica per ciascuno di essi che per una parte proporzionata, e per conseguenza cessa pei dritti indivisibili, i quali o si estinguono interamente, o non si estinguono affatto (9). 2) L'eredità ed il patrimonio dell'erede in generale si confondono giuridicamente in una sola massa, cosicchè sebbene non abbia avuto luogo alcuna riunione di fatto, pure gli eredi dell'erede non possono accettar questo e rinunciar quella (10). 3) L'erede insiem col patrimonio assume eziandio i debiti, anche allorchè ne oltrepassano l'ammontare (11), il che di già era stato prescritto dalle dodici Tavole (12), e con ciò sta in connessione la disposizione dell'Editto del pretore che i creditori, quando vi sia un fondato sospetto per la solvibilità dell'erede, possono richiedere una sufficiente cauzione, e se questa non si presti, l'immissione nel possesso dell'eredità (13). La risponsabilità assoluta dell'erede pei debiti, prescindendo dalle relazioni di debito strettamente personali, patisce eziandio tre eccezioni: A. per la *separatio bonorum* conceduta nell'Editto ai creditori ereditarii ed ai legatarii, quando ha luogo un concorso di creditori contro l'erede, la quale separazione fa cessare i loro dritti verso gli eredi (14); B. pel privilegio da Giustiniano conceduto ai soldati di non dover rispondere generalmente oltre l'ammontare della massa (15); e C. pel *beneficium inventarii* anche introdotto da Giustiniano. In fatti dopo che Giustiniano ebbe molto facilitata la restituzione contro l'accettazione di un' eredità aggravata di debiti (16), prescrisse che quando un erede, il quale non avesse ancora semplicemente accettato (17), fra i trenta giorni da che aveva avuto notizia della delazione dell'eredità, dichiarasse di voler fare un inventario della medesima, e lo eseguisse fra sessanta giorni in presenza di Notaj come pure dei creditori e dei legatarii, o di tre testimoni, se niuno di questi fosse presente, ovvero se egli fosse altrove domiciliato lo eseguisse

(9) L. 8. § 1. D. *de servit.* (8. 1.) L. 30. § 1. D. *de serv. praed. urb.* (8. 2.)

(10) L. 3. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 10. § 2. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) L. 7. § 2. L. 25. § 12. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 14. C. *de her. inst.* (6. 24.)

(11) L. 33. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 8. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 3. pr. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 10. L. 22. § 14. C. *de jure delib.* (6. 30.) § 5. J. *de her. qual.* (2. 19.)

(12) L. 7. C. *de hered. act.* (4. 16.) L. 6. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 25. § 13. D. *eod.* (10. 2.)

(13) L. 31. D. *de bon. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(14) V. § 227. Nota 28-35.

(15) L. 22. § 15. C. *de jure delib.* (6. 30.)

(16) L. 22. pr. C. *eod.* V. § 88. Nota 6.

(17) L. 22. § 1. C. *eod.*

almeno nel termine di un anno (19), egli durante la descrizione del patrimonio non potesse esser convenuto (20), e dopo compiuto l'inventario, la cui esattezza per altro dovea esser giurata sulla richiesta degli interessati, e poteva sempre essere impugnata con la pruova del contrario (21), non fosse tenuto oltre l'ammontare dell'eredità (22); che avesse anche il dritto di prelevare tutte le spese ed i suoi proprii crediti, i quali in tal caso non si estinguevano per la confusione (23); che avesse ancora la facoltà di soddisfare i creditori ed i legatarii a misura che si presentavano, senza riguardo al grado, che altrimenti fra essi avrebbe dovuto aver luogo (24), e di alienare per tal fine le cose oppignorate libere dal dritto di pegno, giacchè i creditori che da ciò rimanevano lesi poteano rivolgersi soltanto contro i creditori, che a loro erano stati preferiti, ma non già contro l'erede o i compratori dei pegni (25); ma che l' erede però, il quale scientemente avea sottratto qualche cosa, dovesse restituirla al doppio nell'eredità (26), e che chi in generale non avesse fatto uso del beneficio dell'inventario (27), o non avesse osservato le debite regole intorno alla forma ed al tempo in cui doveasi fare, non solo non potesse dedurre la quarta falcidia, ma dovesse eziandio pagar senza diminuzione così i debiti come i legati (28). 4) Le azioni fondate a favore o contro del defunto possono non solo esser continuate, quando di già sieno state introdotte, ma possono eziandio dagli eredi medesimi o contro gli eredi essere istituite (29). Il medesimo vale pel dritto alla restituzione nello stato primiero (30), e così pure tutte le eccezioni, che non sono strettamente personali, compresa l'*exceptio doli* (31), han luogo così a favore come contro degli eredi (32). 5) Per

(18) L. 22. § 2. C. *eod.* Nov. 1. c. 2. § 1.
(19) L. 22. § 3. C. *eod.*
(20) L. 22. § 11. C. *eod.*
(21) L. 22. § 10. C. *eod.* Nov. 1. c. 2. § 1.
(22) L. 22. § 4. C. *eod.*
(23) L. 22. § 9. C. *eod.*
(24) V. § 227.
(25) L. 22. § 4-8. C. *eod.*
(26) L. 22. § 10. C. *eod.*
(27) Qui non si prende in considerazione l'inventario che dee fare l'erede, il quale ha chiesto uno *spatium deliberandi* L. 22. § 13. 14. C. *eod.*
(28) L. 22. § 12. 14. C. Nov. 1. c. 2. § 2.
(29) V. § 70. n. 1.
(30) V. § 81. Nota 1. e 8.
(31) L. 7. pr. D. *de except.* (44. 1.) L. 21. pr. L. 25. § 1. D. *de pactis* (2. 14.)
(32) Imperocchè la regola che l'*exceptio doli* sia ammisibile contro i *successores ex*

di ogni effetto (50). Per contrario secondo il dritto Romano antico la rappresentazione del defunto produceva eziandio la trasmissione dei *sacra privata* del defunto (51), i quali doveano continuarsi a celebrare e perciò primamente passavano agli eredi, ma per eccezione si trasmettevano anche ad altri che lucravano qualche cosa dalla eredità (52). Ma dopo che il *jus Pontificium* fu separato dal *jus civile* pare che questa successione nei *sacra* come cosa del dritto Pontificio abbia poco interessato i Giureconsulti Romani (53), e ad ogni modo al tempo dei cristiani questa teorica scomparve affatto dal dritto Romano.

2.° Un secondo effetto generale dell'adizione dell'eredità è l'obbligazione dell'erede di adempiere tutt'i legati validi ed altri pesi contenuti nelle ultime disposizioni (54), sul che intanto, dopo che si poterono imporre dei legati anche a persone diverse dagli eredi (55), valsero in sostanza per tutti i medesimi principii, i quali più convenevolmente si esporranno in altra occasione (56).

3.° Si può anche riguardare come un terzo effetto l'obbligazione dell'erede introdotta probabilmente dal *Sctum Silanianum* di dovere cioè quando il testatore sia stato ucciso, perseguitare in giudizio, ove sia possibile l'autore o gli autori dell'omicidio, sotto pena di perdere l'ere-

(50) La L. 8. § 1. D. *de doli exc.* (44. 4.) si applica solo ad una disposizione di ultima volontà, un *legatum liberationis*.

(51) Caj. II. 55.; *Savigny* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. II. n. 15., ed annali anno X p. 1145. seg. Heidelb.

(52) La teorica dell'antico Pontefice Massimo Q. Muzio Scevola intorno a questa materia trovasi presso Cic. de legib. II. 19. : » quaeruntur enim qui adstringantur sacris. 1) Heredum causa justissima est. Nulla est enim persona, quae ad vicem ejus qui e vita migravit, propius accedat. 2) Deinde qui morte testamentove ejus tantumdem capiat quantum omnes heredes. Id quoque ordine. Est enim ad id quod propositum est, accomodatum 3) Tertio loco si nemo sit heres, si qui de bonis quae ejus fuerint, cum moritur, usuceperit plurimum possidendo. 4) Quarto qui si nemo sit, qui ullam rem ceperit, de creditoribus ejus plurimum servet. 5) Extrema illa persona est, ut is, qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit. » Una più antica e più semplice teorica incontrasi quivi II. 20.: » haec nos a Scaevola didicimus, non ita descripta ab antiquis. Nam illi quidem his verbis docebant, tribus modis sacris adstringi: hereditate, aut si majorem partem pecuniae capiat, aut si major pars pecuniae legata est, si inde quidpiam ceperit. »

(53) Cic. l. c. II. c. 19-21. di già accenna a questo, ed ancora nulla trovasi intorno a ciò presso i Giureconsulti classici.

(54) § 5. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) Nov. 1. c. 1.

(55) V. § 371.

(56) V. § 377.

dità come indegno (57), il qual danno vien solamente risparmiato ai minori (58).

4.° Da ultimo appartiene anche qui la singolare disposizione di Giustiniano, che quando il defunto ha lasciato un inventario giurato del suo patrimonio, gli eredi non possono pretendére cose che in esso non si trovino descritte, mentre i creditori non ne rimangono legati (59). Del rimanente quando l'erede si trova tuttora sotto la potestà di un altro, ed acquista a costui l'eredità, tutti gli effetti della successione han luogo per quest'ultimo (60).

2) *Relazioni giuridiche tra i coeredi:*

A. Comunione dei medesimi.

§ 358. Allorchè vi sono più coeredi, dal momento che hanno acquistata l'eredità sorge tra loro una comunione di dritto per parti ideali, la quale, perchè non risulta da una convenzione, vien detta *communio incidens* (1). Non pertanto siffatta comunione patisce parecchie restrizioni ed eccezioni. 1) Per rapporto ai crediti e debiti quando son divisibili, per le dodici Tavole ha luogo immediatamente e da sè stessa la divisione secondo la misura delle porzioni ereditarie, ma quando sono indivisibili, ha luogo una partecipazione solidale di tutti così ai dritti come alle obbligazioni (2), e questi principii valgono anche nei casi, in cui il defunto solo accessoriamente fosse responsabile del debito con-

(57) L. 5. § 3. L. 8. § 1. L. 9. L. 15. § 2. D. *ad Sct. silan.* (29. 5.) L. 50. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 18. § 1. L. 21. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 1. L. 6. L. 7. L. 9. L. 10. L. 11. C. *eod.* (6. 35.). Senza dubbio fin dall'antichità si ritenne come un dovere morale il vendicare la morte del defunto, ma il *Sct. Silanianum* pare essere stato il primo che attribuì alla omissione di questo dovere l'effetto della indegnità, e che per tal modo la elevò ad un dovere giuridico. Non si può poi sostenere che questo dovere ora col processo accusatorio sia in tutto cessato. L'erede dee per lo meno denunziare il reo, quando egli il possa, in caso contrario diviene indegno.

(58) L. 6. C. *eod.*

(59) Nov. 48. prooem. c. 1.

(60) Caj. III. 84.; L. 6. L. 25. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(1) § 3. 4. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 25. § 16. L. 39. § 3. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(2) L. 2. § 5. L. 4. pr. L. 25. § 1. 9-13. L. 44. § 5. 6. D. *eod.* L. 6. C. *eod.* (3. 36.) L. 1. C. *si cert. pet.* (4. 2.) L. 1. C. *de except.* (8. 36.) L. 17. D. *de servit.* (8. 1.) L. 2-5. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 192. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 2. § 2. D. *de stipul. praetor.* (46. 5.)

tratto da uno degli eredi (3), ovvero allorchè uno degli stessi coeredi sia il creditore o il debitore del defunto (4). 2) I dritti indivisibili producono in generale un rapporto solidale tra i coeredi, cosicchè possono per intero farsi valere da ciascuno e contro ciascuno, il che interviene specialmente pei dritti di pegno (5), e per le servitù reali (6). 3) Se un soldato abbia nominato pel suo peculio castrense eredi diversi da quelli che ha istituiti nel rimanente del suo patrimonio, queste due specie di beni son riguardate come due eredità interamente distinte, e però la comunione non ha luogo se non fra gli eredi istituiti nel medesimo patrimonio (7). In generale le relazioni giuridiche nella comunione dei coeredi sono quelle medesime che s' incontrano nelle altre specie di comunione di dritto (8). Imperocchè da essa risultano 1) le stesse *obligationes quasi ex contractu* (9). 2) Inoltre ciascuno può individualmente disporre della sua parte ideale così in generale (10), come per rapporto a singole cose (11), mentre al contrario le disposizioni unilaterali da parte di alcuno sulle porzioni degli altri sono invalide (12), e 3) ciascuno ha la facoltà di richiedere in ogni tempo la divisione e la separazione (13).

1.° Questa divisione può sempre avvenire senza l'intervento del magistrato per via di convenzione anche dopo che siasi introdotta un'azione giudiziale (14), e non richede alcuna forma particolare (15). Soltanto, allorchè la divisione siasi fatta per un semplice *pactum*, deve aggiungervisi l'esecuzione di fatto e la presa di possesso da parte dei dividen-

(3) L. 18. § 5. L. 20. 11. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 13. C. *eod.* (3. 36.)

(4) L. 51. § 1. D. *eod.*

(5) L. 29. D. *eod.* L. 11. § 4. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 1. L. 2. C. *si un. ex plur. her.* (8. 32.) V. sopra § 200.

(6) L. 4. § 3. 4. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(7) L. 25. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 16. pr. D. *de compens.* (16. 2.) L. 17. § 1. D. *de adq. her.* (29. 1.)

(8) V. § 54. e 273.

(9) V. Nota 75-81.

(10) L. 18. D. *de hered. vend.* (18. 4.)

(11) L. 13. L. 25. § 6. L. 47. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(12) L. 20. C. *eod.* (3. 36.) L. 1. L. 2. C. *de comm. rer. alien.* (4. 52) L. un. C. *si commun. res pign.* (8. 21.) L. 34. pr. D. *de serv. praed. rust.* (8. 3.). Anche quando le cose son rubate ogni individuo non può proporre l' azione di furto a cagione della cosa intera, se non quando per qualche ragione egli porti il pericolo di tutta la cosa intera L. 47. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(13) L. 1. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.) Confr. § 54. Nota 16. 17.)

(14) L. 57. D. *eod.*

(15) L. 12. C. *eod.* (3. 36.)

ti (16). Ma in tal presupposizione, rimane legalmente valida anche una divisione eseguita col consenso del defunto, mentre era in vita (17). Intanto qui non altramente che nelle altre convenzioni la violenza, il dolo, e l'errore si ammettono come ragioni d'impugnazione (18), e colui che fosse stato trasandato può domandare una nuova divisione (19).

2.° Ma se i coeredi non sono d' accordo intorno alla divisione, ciascuno di essi ha il dritto di provocare una divisione giudiziale, al quale oggetto le dodici Tavole davano l'*actio familiae herciscundae* (20) azione di buona fede da intentarsi innanzi al Tribunale del domicilio del defunto (21), la quale è ammessa nel tempo stesso anche per più eredità comuni (22), e compete non solo agli eredi di qualunque specie (23), ma *utiliter* anche a coloro, ai quali per altre ragioni sia dovuta una quota di un'eredità (24). Quest'azione come *actio mixta* tende così all'adempimento delle obbligazioni personali risultanti dalla comunione, come alla divisione propria (25), e come *actio duplex* può egualmente da ciascun coerede intentarsi contro degli altri (26), senza aver riguardo al possesso dell'eredità, salvo allorchè ad un erede che non è nel possesso si contrasti il suo dritto ereditario, nel qual caso costui dee daprima agire con l' *hereditatis petitio*, e dimostrare il suo dritto ereditario (27). L'essersi già fatta una divisione convenzionale non impedisce che s' intenti l'azione pel residuo che non ancora è diviso (28); per contrario l'azione non ha luogo che una sola volta, essendochè il giudice dee sempre divider tutto, e per conseguenza effettuare una se-

(16) L. 15. C. *eod.* L. 8. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.)

(17) L. 2. C. Th. *fam. herc.* (2. 24.)

(18) L. 20. pr. L. 36. L. 38. L. 44. § 2. D. *eod.* L. 22. C. *eod.* L. 3. L. 6. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.)

(19) L. 17. C. *fam. herc.* (3. 36.)

(20) L. 1. pr. D. *eod.* *Familia* qui dinota il patrimonio L. 195. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 5. C. *eod.* (6. 38.) ed *herciscere*, che significa partire o dividere è forse una parola composta dalle espressioni antiche *erctum ciere* (Intimare o annunaiare la cessazione della comunione) Festo p. *erctum citumque* Cic. de Orat. I. 56. Gell. I. 9.

(21) § 28. J. *de act.* (4. 6.) L. 9. C. *fam. herc.* (3. 36.)

(22) L. 5. § 3-5. D. *eod.*

(23) L. 2. pr. § 2. L. 24. § 1. L. 43. D. *eod.*

(24) L. 2. § 1. L. 24. § 1. L. 40. D. *eod.* Confr. sopra § 296.

(25) § 20. J. *de act.* (4. 6.) L. 22. § 4. D *eod.*

(26) L. 2. § 3. L. 27. L. 43. L 44. § 4. D. *eod.* Confr. con L. 37. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 13. D. *de judiciis* (5. 1.)

(27) L. 1. § 2. D. *si pars. her. pet.* (5. 4.) L. 1. § 1. L. 25. § 2. L. 51. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 20. C. *eod.*

(28) L. 1. C. *eod.*

parazione compiuta fra gli eredi (29). Il perchè quando alcuno preliminarmente non voglia dividere che certe cose determinate, e su di ciò non si possa mettere d'accordo con gli altri, ovvero quando nella divisione giudiziale siasi tralasciata qualche cosa, non si dee far uso che dell'*actio communi dividundo* (30). Tra i Giureconsulti Romani era controverso se per la medesima ragione l'*actio familiae herciscundae* si dovesse sempre dirigere contro tutt' i coeredi, e la decisione si dovesse render per tutti, infatti Paolo tenea per nullo il procedimento, quando si fosse in altra guisa proceduto (31), mentre Ulpiano era d'avviso che il giudizio di divisione intervenuto soltanto tra alcuni eredi fosse obbligatorio per costoro (32). Intanto ad ogni modo per lo meno a coloro che non sono intervenuti rimane il dritto di venire dal canto loro novamente con l'*actio familiae herciscundae* (33), e dal dovere poi che ha il giudice di fare una divisione compiuta, per quanto si possa, segue che in generale si debba evitare, se è possibile, la restrizione della divisione giudiziale ad alcuni eredi soltanto (34). Durante il giudizio ciascuno per la parte che ha sulle cose può agire contro i terzi, o intraprendere una *operis novi nuntiatio* (35), ma niuno può fare una volontaria alienazione (36). Se una delle parti muore lasciando più eredi, allora questi non possono ciascuno da sè continuare il giudizio, ma debbono nominare un procuratore comune (37). Infino a che non sia seguita la divisione, l' attore può sempre impugnare il dritto ereditario del convenuto o dei convenuti (38), ma dopo che la sentenza di divisione è passata in giudicato, le parti debbono farla valere, ancorachè fossero state ammesse alla divisione delle persone che non vi aveano drit-

(29) L. 20. § 4. L. 25. § 20. L. 44. pr. D. *eod* L. 8. C. *eod*; Paul S. R. I. 18. § 1. 2.

(30) L. 44. pr. L. 20. §. 4. D. *eod*. L. 31. D. *comm. div.* (10. 3) L. 34. D. *pro socio* (17. 2.)

(31) Paul. S. R. I. 18. § 4. « judex familiae herciscundae nec inter paucos coheredes sed inter omnes dandus est: alioquin inuti liter datur» . L. 27. D. *fam herc.* (10. 2.

(32) L. 2. § 4. D. *eod.*; Ulp. « dubitandum autem non est quin familiae herciscundae judicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit. »

(33) L. 17 C. *eod.*

(34) V. Nota 29.

(35) L. 47. pr. D. *eod.*

(36) L. 13. L. 25. § 6. D. *eod.* Ciò non è stato abolito per la restrizione del diritto dell' *alienatio rei litigiosae* al giudizio revindicatorio Nov. 118. C. 1., giacchè le azioni divisorie *pro vindicatione rei sunt* V. § 273. Nota 21.

(37) L. 48. D. *eod.*

(38) L. 37. D. *eod.*

to (39). L'*actio familiae herciscundae* non si prescrive che in trent'anni (40), ed ancora questa prescrizione, finchè continua a riconoscersi la comunione si vuol restringere alle sole obbligazioni da essa risultanti (41). Sebbene per regola si abbia a fare una divisione reale (42), non pertanto il giudice può eziandio procedere alla *adjudicatio* (43), nel qual caso egli dee nel tempo stesso aver cura che si presti cauzione pel caso dell'evizione (44). Anche tutta l'eredità può, se occorre, essere aggiudicata ad un solo (45). Oltre a ciò il giudice può spedire l'affare anche in altra guisa, mediante liquidazione delle reciproche pretensioni (46), mediante l' incanto fra i coeredi (47), mediante la vendita delle cose ereditarie, per distribuirne il prezzo (48), e mediante l' attribuzione di un credito o di un debito ad un solo degli eredi, il che, riguardo ai crediti, obbliga gli altri alla cessione, ma riguardo ai debiti, obbliga solo gli eredi fra loro, ma non già i creditori che vi hanno interesse (49), anche quando lo stesso defunto avesse disposta questa attribuzione (50). I dritti indivisibili naturalmente si debbono sempre aggiudicare ad un solo (51); eccetto se fosse possibile una vendita (52), o una disposizione alternativa del godimento (53). I doveri del giudice che procede alla divisione sono più numerosi che non sono le sue facoltà: 1) egli dee stabilire la quota spettante a ciascuno e liquidare e stimare il patrimonio da dividersi (54). A questo patrimonio si

(39) L. 36. D. *eod*

(40) L. 1. C. *de annali exc. ital. contr.* (7. 40.)

(41) Altrimenti ne risulterebbe l'assurdo, che la comunione non contrastata dovrebbe durar sempre; V. 273. Nota 39.

(42) § 4. J. *de off. jud.* (4. 17.) L. 32. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(43) L. 44. § 1. L. 47. pr. L. 52 § 2. L. 55. D. *eod.* L. 3. L. 14. C. *eod.*

(44) L. 25. § 21. D. *eod.* L. 14. C. *eod.*

(45) L. 55. D. *eod.*

(46) L. 19. L. 52. § 2. D. *eod.* L. 7. L. 21. C. *eod.* L. 1. § 12. D. *de collat.* (37. 6.)

(47) L. 6. L. 22. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(48) L. 26. D. *eod.*

(49) L. 2. § 5. L. 3. L. 20. § 5. D. *eod.* L. 23. C. *eod.*

(50) L. 20. § 5. 8. L. 39. § 5. D. *eod.* L. 69. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 34. § 3. D. *de legat.* III. (32.)

(51) L. 10. L. 29. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 10. § 1. D. *commun. div.* (10. 3.)

(52) P. es. in una enfiteusi o superficie, la quale certamente non può essere smembrata L. 7. pr. D. *eod.*, ma ammette l'alienazione.

(53) L. 14. § 1. L. 15. L. 16. pr. § 1. 2. D. *fam. herc.* (10. 2.). Questi passi parlano invero soltanto dell' usufrutto, ma si possono per analogia applicare anche all' uso.

(54) L. 52. § 3. D. *eod.* S' intende da sè che qui il giudice della divisione è tenuto

appartengono non solo le cose del defunto, comprese quelle che in buona fede avea acquistate (55), o che avea l'aspettativa di ricuperare (56), o che al verificarsi di una condizione doveano ricadere ad un altro (57), ma anche i dritti reali che passano agli eredi (58), come pure le servitù personali riserbate agli eredi sulle cose legate (59), al che si aggiugne eziandio ciò che ciascuno degli eredi deve conferire (60), e ciò che da tutti questi oggetti o per mezzo loro si è dopo la morte del defunto guadagnato o acquistato (61). Ma si debbono escludere dalla divisione A. i dritti su i liberti del defunto (62), B. i dritti su i sepolcri e monumenti sepolcrali (63), C. i veleni ed altre cose che è vietato di possedere, e che perciò debbono esser distrutte (64), D. le cose notoriamente involate, rapite, ed in generale acquistate per via d'un delitto (65), E. l'atto contenente le ultime disposizioni del defunto ed altri documenti riguardanti tutta l' eredità, i quali si debbono depositare presso uno degli eredi o in altro luogo sicuro (66), F. e le cose, delle quali un erede ha già alienato ad un terzo la sua parte, cosicchè non rimane più che una speciale comunione di dritto tra gli altri eredi e questo terzo (67). 2) Di poi il giudice dee decidere che cosa ciascuno debba prelevare dalla massa, segnatamente A. la dote data al defunto per la moglie di un figliuolo tuttora vivente del medesimo, la qual dote ricade esclusivamente a quel figliuolo (68), B. le cose prelegate agli ere-

all'osservanza della disposizione di Giustiniano contenuta nella Nov. 48.; V. § 357. Nota 59.

(55) L. 8. § 1. 2. L. 9. L. 10. L. 22. pr. D. *eod.*

(56) L. 22. § 5. L. 23. D. *eod.*

(57) L. 12. § 2. D. *eod.*

(58) L. 10. L. 29. D. *eod.*

(59) V. Nota 53.

(60) V. § 359.

(61) L. 11. L. 12. pr. § 1. L. 15. L. 16. § 3. L. 44. § 3. L. 56. D. *eod.*

(62) L. 41. D. *fam. herc.* (10. 2.) Confr. § 131.

(63) L. 30. D. *eod.* L. 7. § 4. D. *de bon. damn.* (48. 20.)

(64) L. 4. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 3. C. *de summa Trinit.* (1. 1.) L. 6. § 1. L. 8. § 1. C. *de haeret.* (1. 5.). Qui sono specialmente indicati i libri proibiti, *libri improbatae lectionis*.

(65) L. 4. § 2. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(66) L. 4. § 3. L. 5. L. 6. D. *eod.* L. 6. D. *de fide instrum.* (22. 4.) L. 5. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.)

(67) L. 54. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 9. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.)

(68) L. 20. § 2. L. 46. L. 51. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 2. C. *eod.* (3. 36.) L. 1. § 20. D. *de collat.* (37. 6.)

di (69), nel che il giudice, se queste cose sieno oppignorate, dee eziandio procurare che sien liberate dal dritto di pegno a spese della massa (70), e se il prelegato sia fatto a più persone insieme, deve anche effettuare la divisione tra costoro (71), C. le cose che il defunto avea acquistate per un discendente, a nome di costui, giacchè queste, secondo un Rescritto Imperiale, sono da riguardar come donate (72), e però non cadono in divisione, se non quando le donazioni debbono esser conferite (73), D. le spese di un impiego che un figliuolo del defunto assunse col consenso del padre in quanto queste spese siensi fatte vivendo ancora il defunto (74), E. le servitù personali, che un figliuolo di famiglia del defunto ha acquistate al medesimo, essendochè esse ricadono all'acquirente, o che sia uno degli eredi, o che sia stato validamente diseredato (75), e F. secondo la prescrizione di Giustiniano, nella successione testamentaria la dote o la *donatio propter nuptias* costituita ad un discendente istituito, ma ricaduta nuovamente al defunto, quando altri discendenti egualmente istituiti abbiano del pari ricevuta una tal dote o donazione, che non sia ritornata al testatore (76). 3) Inoltre sulla richiesta delle parti deve il giudice condannare reciprocamente gli eredi all'adempimento di quelle obbligazioni, le quali son riguardate come *obligationes quasi ex contractu* risultanti dalla comunione, nel che vale la regola che queste obbligazioni non si estinguono per la perdita delle cose, per le quali sono state occasionate (77). Ma per questo riguardo ogni erede è obbligato A. a mettere in mezzo tutto ciò che possiede dell'eredità o che ha acquistato mediante le cose e i dritti ereditarii dopo l'adizione (78), B. a risarcire i danni, che ha cagionati per dolo o per una

(69) Caj. II. 219. L. 4. pr. L. 8. pr. L. 18. pr. L. 25. § 22. L. 26. L. 33. L. 39. § 4. L. 42. L. 51. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 35. pr. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 1. C. *Greg. famil. herc.* (3. 4.)

(70) L. 28. L. 33. D. *eod.* V. § 311. Nota 18.

(71) L. 22. § 1-3. D. *eod.*

(72) L. 18. pr. C. *eod.* Confr. con L. 32. § 1. D. *de don. inter vir. et uxor.* (24. 1.) L. 1. C. *de revoc. donat.* (8. 56.)

(73) V. § 359. Nota 25. 26. 58.

(74) L. 20. § 6. 7. L. 39. § 3. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 1. § 16. D. *de collat.* (37. 6.) L. 3. § 17. D. *de muner.* (50. 4.) L. un. C. *de peric. success. par.* (10. 61.

(75) L. 17. in fine C. *de usufr.* (3. 33.)

(76) L. 12. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.). Depochè nella Nov. 18. la collazione fu estesa anche alle successioni testamentarie, ciò non può incontrarsi se non quando il testatore ha vietato la collazione.

(77) L. 22. § 5. L. 23. L. 24. pr. L. 31. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(78) Paul. S. R. I. 18. § 3. L. 7. L. 19. L. 22. pr. L. 31. L. 31. L. 44. § 3. L. 52. § 1. L. 56. D. *fam. herc.* (10. 2.)

colpa in *suis non consueta* (79), ed a rispondere eziandio per le omissione dannose, quando egli solo era in istato di allontanare un danno (80), C. a sopportare proporzionatamente i danni, che un altro per le cose ereditarie ha patiti (81), D. a rimborsare nella stessa misura, ed in forza di un Rescritto di Settimio Severo, con gl' interessi moratorii le spese, che uno di essi abbia fatte nell'interesse dell'eredità; presupposto che non sieno state fatte se non dopo l' adizione, e che non avrebbero potuto esser fatte semplicemente per la parte di uno (82), ma in tal presupposizione si annovera tra esse anche ciò che un figliuolo sotto la potestà del defunto abbia dovuto pagare per un debito, pel quale il creditore avrebbe potuto convenire anche il defunto con l'*actio de peculio*, *de in rem verso*, *quod jussu* (83), E. a contribuire al pagamento dei debiti ereditarii, pei quali l'eredità o qualche oggetto di essa è obbligato come pegno, quando il creditore non voglia senza una compiuta soddisfazione rilasciare il suo dritto di pegno (84), come pure all'adempimento di quelle disposizioni di ultima volontà, e di quei pesi, che richiedono delle spese (85). Per contrario *l'actio familiae herciscundae* non si estende al pagamento di ciò, che un erede deve al defunto (86), come non si estende a ciò che un erede sostiene di possedere in buona fede *titulo singulari* (87). 4) Nella divisione del patrimonio il giudice A. deve esaminare se un erede per la volontà del defunto debba aver per sua porzione ereditaria certe determinate cose, il che nella successione testamentaria può in generale esser prescritto (88), e nella successione intestata, almeno nella prima classe, per mezzo di una *divisio parentis inter liberos* (89); B. dee por mente che gli schiavi ed

(79) L. 16. § 4. 5. L. 17. L. 25. § 16-18. L. 44. § 2. 5. 6. L. 45. § 1. D. *eod.* L. 3. L. 19. C. *eod.*

(80) L. 25. § 18. D. *eod.*

(81) L. 16. § 6. L. 25. § 16. 17. D. *eod.*

(82) L. 18. § 3. 6. 7. L. 25. § 13. 15. 19. L. 31. L. 39. pr. § 2. L. 44. § 7. 8. L. 49. D. *eod.* L. 18. § 1. C. *eod.*

(83) L. 18. § 5. L. 20. § 1. D. *eod.* L. 13. C. *eod.* Nell'*actio de peculio* ciò pare ingiusto, perchè il figliuolo per regola avrà ricevuto la valuta del debito, e la possederà nel suo peculio; ma ciò vien compensato dal dovere conferire il peculio V. § 359. n. I.

(84) L. 18. § 4. 6. L. 25. § 14. L. 44. § 7. D. *eod.*

(85) L. 18. § 2. D. *eod.*

(86) L. 51. § 1. D. *eod.*

(87) L. 25. § 7. 8. L. 44. § 3. L. 45. D. *eod.*

(88) L. 10. C. *eod.*

(89) L. 20. § 3. L. 32. L. 34. L. 39. § 1. 5. D. *eod.* L. 16. L. 21. L. 26. C. *eod.* L. 10. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38). L. 1. C. Th. *fam. herc.* (2. 24.) V. § 346.

i coloni formanti una famiglia non sieno separati (90); C. e che i *modus* ordinati dal defunto relativamente ad una cosa sieno adempiuti in quanto sono obbligatorii (91). 5) Da ultimo il risultamento di una divisione deesi pronunziare in una sentenza, che comprenda tutte le necessarie condanne ed aggiudicazioni (92), dalla quale si può eziandio appellare (93), ma che non altramente che tutte le altre sentenze può divenir giudicato per le parti (94), mentre i terzi non vi rimangono obbligati (95).

B. *Collazione* (*).

§ 359. Uno speciale rapporto di dritto può incontrarsi tra gli eredi, quando sono discendenti del defunto, essendochè questi in alcune circostanze hanno il debito di conferire nell'eredità il patrimonio che già posseggono *conferre*, pel qual conferimento la medesima se ne accresce di tanto (1). Questo conferimento nell'eredità appellasi collazione, e l'obbligo di conferire, dovere di collazione, la quale fu introdotta nel fine di ottenere il più che sia possibile l'eguaglianza dei discendenti che vengono insieme all'eredità, e di escludere una ingiusta preferenza di uno all'altro (2). Gli altri eredi diversi dai discendenti del defunto non hanno mai l'obbligo della collazione (3), ed anche i discendenti non lo hanno, se non quando divengono effettivamente eredi (4); e però chi di già ha conferito, e di poi non diviene erede, può ripetere ciò che ha conferito (5). Oltre a ciò prima di Giustiniano la collazio-

(90) L. 11. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.) L. 1. C. Th. *communi div.* (2. 25.)

(91) L. 5. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 18. § 2. D. *eod.*

(92) L. 27. L. 52. § 2. D. *eod.*

(93) L. 41. L. 43. D. *eod.*

(94) L. 36. L. 37. D. *eod.*

(95) L. 3. D. *eod.* L. 17. L. 23. C. *eod.*

(*) *Pfizer* sulla collazione dei discendenti. Stuttgart. 1807. 8.; *Unterholzner* diss. pertractans histor. doctrinae jur. Rom. de collationibus. Altorf 1809. 4.; *Petersen* de collatione bonorum Havniae 1825. 8.; *Francke* tratt. civ. n.4.; *Fein*, il dritto della collazione Heidelb. 1842. 8.

(1) L. 17. L. 19. C. *de collat.* (6. 20.)

(2) L. 1. pr. D. *eod.* (37. 7.) *Collat.* L. Mos. et Rom. XVI. 7.

(3) Non si oppone la L. 20. pr. C. *de collat.* (6. 20.). Di altra opinione è *Unterholzner* l. c. pag. 67. seg.

(4) L. 1. § 14. L. 2. § 5. L. 3. § 5. L. 10. D. *eod.* (37. 6.) L. 8. L. 9. D. *de dotis collat.* (37. 7.) L. 25. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 4. L. 10. C. *de collat.* (6. 20.)

(5) L. 13. D. *de condict. causa data* (12. 4.) L. 3. § 5. D. *de collat.* (37. 6.)

ne non avea luogo che nella successione intestata (6), essendo però indifferente se in generale non si fosse formato alcun testamento, o se invece il testamento si fosse posto da banda per la *bonorum possessio contra Tabulas* o per la *querela inofficiosi* (7); ma Giustiniano estese il dovere della collazione anche alla successione testamentaria, nel qual caso però ciò che si conferisce può tornare a vantaggio dei soli discendenti istituiti, non già degli altri eredi testamentarii (8). E dall'altro lato anche i soli discendenti hanno dritto alla collazione, e ciò del pari soltanto allorchè essi medesimi vengono alla successione (9), salvo allorchè il loro dritto ereditario passa per trasmissione in altre persone (10). Del rimanente il defunto può dispensare dalla collazione non solo nella successione testamentaria (11), ma anche in quella *abintestato* (12), nel che però siccome in ciò si contiene un'immutazione della legittima divisione ereditaria, si debbono osservare le forme della *divisio parentis inter liberos* prescritte da Giustiniano (13). Cessa ancora la collazione quando l'obbligato ha perduto senza sua colpa ciò che avrebbe dovuto conferire (14). Per verità prima che l'eredità sia stata accettata non si è tenuto a far la collazione (15); ma nondimeno in fino a che essa non sia seguita, quegli che v'è obbligato non può pretendere ad esser riguardato come coerede, e segnatamente non può come tale intentare un'azione (16), e se egli abbia di già in tutto o in parte ricevu-

(6) L. 1. L. 7. L. 9. C. *de collat.* (6. 20.) L. 12. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.) L. 35. D. *fam. herc.* (10. 2.) Nov. 18. c. 6.

(7) L. 17. C. *de collat.* (6. 20.) L. 20. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

(8) Nov. 18. c. 6. Anche in altri casi incontrasi che non si debba conferire a tutt'i coeredi V. Nota 32. Soltanto potevasi dubitare pel *peculium profectitium*, imperocchè qui ha luogo piuttosto una collazione di fatto che di dritto, essendochè il *peculium* è già una porzione del patrimonio paterno L. 13. C. *fam. herc.* (3. 36.)

(9) L. 1. § 2. L. 10. L. 12. D. *de collat.* (37. 6.). La clausola della L. 10. D. cit. che sembra opposta riguarda il caso che un *heres suus* non abbia veramente chiesto la *bonorum possessio*, ma nondimeno abbia fatto posteriormente valere il suo dritto ereditario secondo il dritto civile (V. § 303. Nota 26.), nel qual caso gli è assolutamente dovuta la collazione.

(10) L. 1. § 8. D. *eod.* Confr. § 368.

(11) Nov. 18. c. 6. Authent. *Ex testamento* C. *de collat.* (60. 20.)

(12) L. 39. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 16. L. 21. L. 26. C. *eod.* (3. 36.) L. 8. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(13) V. § 346.

(14) L. 1. § 23. L. 2. § 2. D. *de collat.* (37. 6.) L. 1. § 6. D. *de dotis collat.* (37. 7.) Nov. 97. c. 6.

(15) L. 3. pr. D. *de collat.* (37. 6.)

(16) L. 1. § 10. L. 2. § 8. L. 3. pr. D. *eod.* L. 11. L. 12. L. 14. L. 16. C. *eod.*

to la sua porzione ereditaria, i coeredi possono coll' *actio familiae herciscundae* costringerlo alla collazione (17). Per ciò che riguarda la specie ed il modo della collazione, dipende dall' obbligato se voglia far imputare sulla sua quota le cose da conferire, o se, dovendo egli aver qualche cosa dalla massa o dai suoi coeredi, voglia portarla a conto di ciò, che dovrebbe conferire, o se voglia prestare gli stessi oggetti da conferirsi, o pure un equivalente. Ma se egli in un modo o in un altro immediatamente dopo l' adizione dell' eredità non possa adempire alla sua obbligazione, deve secondo l' Editto, mediante fidejussori o pegni prestare una sufficiente sicurtà per la collazione da farsi dopo subitochè questa si potrà effettuare, e se non possa neppure prestare alcuna cauzione, deve nominarsi un curatore, che amministri la sua quota, fino a che la collazione non segua (18). Del resto in tutt' i casi, in cui s' indugia a far la collazione, spettano ai coeredi gl' interessi ed i prodotti degli oggetti, che si debbono conferire (19). Per determinar poi ciò che si debba conferire son da distinguere più casi.

1.° La più antica collazione è quella del *peculium profectitium* da parte dei *sui heredes* nella successione del loro *paterfamilias*. Siccome questo peculio, al quale secondo il dritto antico apparteneva tutto ciò che il padre avea donato tra vivi ai figliuoli sotto la sua potestà, si ritiene come parte del patrimonio paterno, così i *sui*, i quali hanno ottenuto siffatto peculio debbono conferirlo, se esista tuttora o se per loro colpa siasi perduto (20), mentre il loro proprio patrimonio rimane ad essi senza alcuna restrizione; tali sono i dritti strettamente personali (21), il peculio castrense e quasi castrense (22), ed il così detto *peculium adventitium* (23), come pure ciò che il padre donò loro per causa di morte (24), al che ora vengono assimigliate eziandio le dona-

(17) L. 1. pr. D. *de dotis collat.* (37. 6.) L. 8. C. *de collat.* (6. 20.)

(18) L. 1. § 9-13. L. 2. § 9. L. 3. pr. L. 5. § 1-3. D. *de collat.* (37. 6) L. 20. pr. L. 35. D. *fam. herc.* (10. 2.); Ulp. XXVIII. 4.; Paul. S. R. V. 9. § 4.

(19) L. 5. § 1. D. *de dot. coll.* (37. 7.) L. 9. C. *fam. herc.* (3. 36)

(20) Fragm. Vat. § 294-296. L. 13. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 12. L. 13. C. *de collat.* (6. 20.)

(21) L. 3. § 7. D. *de minor.* (4. 4.) L. 52. § 8. D. *pro socio* (17. 2.) L. 17. C. *de usufructu* (3. 33.)

(22) L. 1. § 15. D. *de collat.* (37. 6.) L. 54. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 4. C. *fam. herc.* (3. 36)

(23) L. 21. C. *de collat.* (6. 20.)

(24) L. 13. C. *eod.* Soltanto la clausola finale di questo passo parla di donazioni tra vivi, ma il principio, di una donazione a causa di morte. Sulle altre idee veggasi *Fein* l. c. p. 126. seg.

zioni tra vivi fatte dal padre, e non rivocate, giacchè queste, secondo una disposizione di Rescritti Imperiali spesse volte ripetuta, e spesse volte messa da banda, ma infine confermata da Giustiniano, prendono vigore per la morte del padre, e valgono come vere donazioni (25), quindi da quest'epoca in poi non si possono più annoverare nel *peculium profectitium* (26).

2.° Dopo questa segue in ordine di tempo la collazione dei figliuoli emancipati, ai quali l' Editto del Pretore, dopo che gli ebbe chiamati alla successione insieme coi *sui*, per conservare l'eguaglianza, impose l'obbligo che, se volessero ereditare coi *sui*, dovesser conferire nella eredità tutto il loro patrimonio, sia che fosse stato loro donato dal padre, sia che lo avessero in altra guisa acquistato (27). Questo dipende da ciò, che al tempo della riforma pretoria del dritto di successione tutti gli acquisti dei *sui* si trovavano tuttavia nella eredità paterna, cosicchè, senza il conferimento di ciò che i figliuoli emancipati avessero acquistato per se, i *sui* per la concorrenza di costoro ne avrebbero riportato danno (28), e sopra ciò fuvvi un duplice Editto, uno per l' ordinaria successione intestata, e l' altro per la *bonorum possessio contra Tabulas* (29). I figliuoli emancipati non conferiscono fra loro (30), ma si fa la collazione solo a benefizio dei *sui*; il perchè quando più figliuoli emancipati ereditano insieme coi *sui*, ciascuno di essi non conferisce più che se egli avesse a coeredi solamente i *sui* (31), e se un emancipato concorre coi suoi proprii figliuoli rimasti sotto la potestà del de-

(25) L. 18. pr. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 2. C. Greg. *eod.* (3. 4.) L. 25. C. *de don. inter. V. et U.* (5. 16.). V. § 267. Nota 56. Quando si osservi che originariamente tutto ciò che il padre dava gratuitamente ai suoi figliuoli diveniva *peculium profectitium*, e che per contrario più tardi, sebbene dopo un lungo dubitare venne la teoria, che quando il padre in siffatto dare avesse dichiarato di voler donare, questo soltanto durante la vita del padre si dovea riguardare come un peculio rivocabile, ma dopo la morte del medesimo dovea ritenersi come un patrimonio proprio dei figliuoli, svanisce in fatto la difficoltà che su questo proposito si è creduto di trovare nelle fonti.

(26) Qui è indifferente che queste donazioni così tra vivi come a causa di morte possano per qualche altra ragione esser soggette alla collazione, siccome sotto il n. 4° si farà chiaro; qui importa soltanto che esse non appartengano al *peculium profectitium* che si dee sempre conferire.

(27) L. 1. pr. § 21. 22. L. 2. pr. § 3. L. 8. D. *de coll.* (36. 7.) L. 11. L. 18. C. *eod.* (6. 20. L. 11. C. *de legit. hered.* (6. 58.) L. 25. C. *fam. herc.* (3. 36.)

(28) L. 1. pr. D. *de collat.* (37. 6.) L. L. Mos. et Rom. XVI. 7.

(29) L. 20. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

(30) L. 1. § 24. D. *de collat.* (37. 6.) L. 9. C. *eod.* (6. 20.)

(31) L. 2. § 5. 7. 8. L. 3. § 2. 3. D. *eod.*

funto, allora conferisce soltanto a costoro ma non già agli altri *sui* (32). Egualmente che gli emancipati medesimi anche i loro figliuoli generati dopo l'emancipazione debbono conferire il loro patrimonio, quando per la concessione di una *bonorum possessio decretalis* sono ammessi coi *sui* alla successione dell'Avo (33). Il medesimo, secondo un Rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero, ha pur luogo nel caso inverso, quando i figliuoli di un emancipato rimasti nella potestà dell'Avo succedono all'emancipato insieme coi *sui* del medesimo posteriormente nati, nel qual caso l'Avo dee conferire il loro acquisto (34). Nella *bonorum possessio contra Tabulas* può incontrarsi anche un altro caso di una siffatta collazione da parte di un terzo, giacchè quando i figliuoli, che un altro abbia adottati, sono istituiti nel testamento rescisso del loro padre naturale, possono prender parte alla *b. p. c. t.* (35), ma allora il loro padre adottivo deve anche conferire tutto il loro acquisto (36). Per contrario nella *b. p. c. t.* incontrasi anche la restrizione, che i *sui*, i quali nel testamento paterno rescisso furono istituiti in una parte minore della loro porzione intestata, non hanno alcun dritto alla collazione, e gli emancipati che in quel testamento furono onorati, per lo meno non son tenuti a conferire se non tanto, che basti a far sì che essi nel tutto conseguano quel che avrebbero dovuto avere secondo il testamento (37). Questa collazione non meno che quella dei *sui* non si estende al patrimonio acquistato dopo la morte del defunto (38), nè ai dritti patrimoniali strettamente personali (39), nè a quei tali acquisti, che senza l'emancipazione avrebbero formato un peculio castrense (40); oltre a ciò si dee dedurre l'ammontare dei debiti e della dote della moglie di un emancipato (41).

(32) L. 1. § 3. L. 3. § 6. L. 9. D. *eod.* L. 1. § 2. D. *de dot. coll.* (37. 7.) L. 1. § 13-18. D. *de conj. cum emanc. lib.* (37. 8.). Ciò venne meno per la Nov. 118. V. § 342. Nota 15.

(33) L. 2. pr. § 6. 7. D. *de collat.* (37. 6) L. 4. D. *de conj. cum emanc. lib.* (37. 8.) V. sopra § 338.

(34) L. 5. pr. D. *de collat.* (37. 6.)

(35) V. § 348. Nota 9.

(36) L. 1. § 14. D. *eod.* L. 2. D. *de dotis collat.* (37. 7.)

(37) L. 20. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 1. § 3-7. D. *de collat.* (37. 6.) L. 3. L. 6. D. *de dotis collat.* (37. 7.)

(38) L. 6. L. 15. C. *de collat.* (6. 20.) L. 1. § 18. 19. L. 11. D. *eod.* (37. 7.). Non si oppone L. 1. § 17. D. *eod.*, in cui s'intende parlare soltanto del patrimonio ricuperato *jure postliminii*, e per conseguenza del patrimonio già prima esistente.

(39) L. 1. § 21. L. 2. § 4. D. *eod.* L. 52. § 8. D. *pro socio* (17. 2.)

(40) L. 54. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 1. § 15. D. *de coll.* (37. 6.) Paul. S. R. V. 9. § 4.

(41) L. 1. § 20. L. 2. § 1-4. L. 3. § 4. D. *de collat.* (37. 6.) L. 6. C. *eod.* (6. 20.

Dopo che Giustiniano ebbe attribuito ai figliuoli sotto la patria potestà ogni loro acquisto non proveniente dal padre (42), ed ebbe stabilito che simigliantemente al peculio castrense non fossero tenuti a conferire questo patrimonio (43), non vi sarebbe stata propriamente più ragione di richiedere dai figliuoli emancipati la collazione del loro patrimonio nella concorrenza coi *sui*. Nondimeno questa conseguenza non fu osservata da Giustiniano, e però la collazione degli emancipati rimane tuttora come un avanzo non più opportuno dell'antica equità (44). Ora soltanto le donazioni fatte dal padre ai figliuoli emancipati cadono sotto altra regola (45).

3.° Forma una speciale ampliazione delle due predette cause di collazione la *collatio dotis* anche introdotta nell'Editto del Pretore (46), la cui particolarità consiste in ciò, che le figliuole nella successione del loro padre debbono conferire la dote costituita o promessa dal defunto o da un terzo, e per conseguenza tanto la *dos adventitia*, quanto la *dos profectitia*, sebbene la dote non sia nè un peculio profettizio, nè un proprio patrimonio delle medesime (47); e in ciò in generale si applicano i principii sulla collazione dei figliuoli emancipati (48). Dopochè Valentiniano II. ebbe disposto che i nipoti da parte di una figliuola morta succedendo agli avi concorressero coi fratelli e colle sorelle della loro madre, e conseguissero due terzi della porzione ereditaria della madre (49), Arcadio vi aggiunse che essi dovessero anche conferire la dote della loro madre (50), il che però non ha più importanza, essendochè Giustiniano stabilì sul proposito una regola molto più estesa (51).

4.° Dalla collazione della dote e dall'usanza venuta in voga che i defunti spesso ordinavano una più ampia collazione si svolse finalmente un nuovo dovere di collazione che può incontrarsi nella successione di ogni ascendente, questo dovere però non è fondato che sulle costi-

(42) V. § 94. Nota 29.
(43) L. 21. C. *eod.* V. Nota 23.
(44) Sulle diverse opinioni veggasi *Fein* l. c. p 138. seg.
(45) V. Nota 57. e 58.
(46) L. 1. pr. D. *de dotis coll.* (37. 7.)
(47) L. 1. pr. § 1. 2. 7. L. 3. L. 5-9. D. *eod.* L. 2-5. L. 8. L. 12. L. 14. L. 16. C. *de collat.* (6. 20.) L. un. C. Th. *unde lib.* (4. 2.). Non si oppone L. 35. D. *fam. herc.* (10. 2.)
(48) L. 1. § 2-6. L. 3. D. *de dot. coll.* (37. 7.) L. 20. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.)
(49) L. 4. C. Th. *de leg. her.* (5. 1.) L. 9. C. *de suis* (6. 55.) V. § 340. Nota 6. e 7.
(50) L. 5. C. Th. *de leg. her.* (5. 1.)
(51) L. 19. C. *de collat.* (6. 20.) V. Nota 53.

tuzioni degli ultimi tempi. In fatti l'Imperadore Leone dispose che ogni discendente, il quale erediti insieme con altri discendenti, debba conferire la dote o la *donatio propter nuptias* ricevuta dal defunto (52), e Giustiniano estese ciò per due lati. Da prima egli si contentò di disporre che i nipoti e pronipoti dovessero conferire non solo la *dos* o *donatio propter nuptias* data dal defunto ad essi medesimi, ma anche quella data ai più prossimi discendenti dai quali traevano origine (53). Ma di poi stabilì la regola che un discendente il quale veniva all'eredità, dovesse conferire quelle cose ricevute dal defunto, che egli avrebbe dovuto imputare nella sua legittima, ed in ispezialtà che tutti gli impieghi venali procurati, *militiae*, si dovessero agguagliare alla dote o *donatio propter nuptias* (54). Secondo queste nuove regole ed alcune speciali prescrizioni di Giustiniano, che con esse stanno in relazione, la cosa va a questo modo: 1) tutte le doti, donazioni *propter nuptias*, e gl'impieghi venali, che il defunto ha dati ad un discendente che eredita, o ad un più prossimo discendente morto, da cui quegli trae origine, debbonsi assolutamente conferire, perchè sempre si debbono imputare nella legittima (55); ed in quanto alla dote la collazione non cessa per la circostanza che essa a cagione dell'insolvibilità del marito siasi perduta per la discendente obbligata a conferirla, salvo se costei fosse rimasta sotto la potestà paterna, e dal padre fosse stata impedita di farsi consegnare a tempo la dote per amministrarla (56). 2) Le donazioni ed i legati per contrario regolarmente non debbono esser conferiti, se non quando il defunto espressamente abbia ordinato che si dovessero imputare nella legittima, o, ciò che torna lo stesso, che si dovessero conferire (57). Non però di meno per le donazioni tra vivi havvi anche un'eccezione quando altri discendenti non hanno ottenuto alcuna donazione, ma sibbene una semplice dote o una semplice dona-

(52) L. 18. C. *eod.*

(53) L. 19. C. *eod.*

(54) L. 20. pr. C. *eod.* V. sopra § 349. Nota 17. La L. 12. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.), la quale pare che modifichi la predetta regola, non riguarda la collazione, ma solamente rimuove certi oggetti dalla divisione nella successione testamentaria V. § 358. Nota 76.

(55) L. 19. L. 20. pr. C. *eod.* Confr. con L. 29. L. 30. § 2. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(56) Nov. 97. § 6. Confr. con L. 29. C. *de jure dot.* (5. 12.). Nell'antica *dotis collatio* si era meno rigoroso L. 1. § 6. D. *de dotis collat.* (37. 7.)

(57) L. 20. pr. C. *de collat.* (6. 20.) Confr. con § 3. 6. J. *de inoff. test.* (2. 18.) L. 8. § 6. L. 25. pr. D, *eod.* (5. 2.) L. 33. pr. L. 35. § 2. L. 36. pr. C. *eod.* (3. 28.) L. 13. C. *de collat.* (6. 20.) Nov. 18. c. 1.

zione *propter nuptias*, che mettono in collazione, mentre il donatario non ha altro a conferire (58). 3) Del pari tutto ciò che il defunto ha speso ed impiegato per un discendente, per sè stesso non va soggetto alla collazione. Per certo anche qui il defunto può disporre il contrario, quando egli ordinando la collazione o l'imputazione nella legittima, o in altra guisa faccia intendere che lo speso debba ritenersi come un'anticipazione sulla futura quota ereditaria (59); intanto una tale disposizione naturalmente non si può ammettere per gli alimenti dovuti (60), ed in quanto alle spese che possono riguardarsi come adempimento di un dovere di affezione, deve per lo meno essersi dichiarato, che non s'intenda d'adempir questo dovere, ma sibbene di fare un'anticipazione, e questa dichiarazione non può farsi che immediatamente (61), il che segnatamente si applica anche alle somministrazioni per sostenere le spese di un impiego (62). Oltre a questi oggetti della collazione, che qui abbiamo enumerati, non ve ne sono altri; ma l'antica *dotis collatio* nella successione del padre, la quale comprende eziandio la *dos adventitia* della figliuola non è stata pel nuovo sistema di collazione messa da banda, più che la collazione del patrimonio dei figliuoli emancipati, ed il *peculium profectitium* (63).

3) *Alienazione dell'eredità.*

§ 360. Non altrimenti che le singole cose ereditate, anche le intere eredità o quote ereditarie possono dagli eredi esser vendute, donate, o in altra guisa alienate.

1.° Ora se alcuno aliena un'eredità o una quota ereditaria come una eredità, o quota ereditaria a lui già deferita, ma l'eredità non esiste, allora l'alienazione è interamente nulla (1); non per tanto l'altro contraente, se per effetto del negozio abbia già prestato qualche co-

(58) L. 20. § 1. C. *de collat.* (6. 20.)

(59) L. 50 D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 11. C. *de negot. gest.* (2. 19.)

(60) L. 5. pr. § 1. 6. 7. L. 8. D. *de agnosc. et al. lib.* (25. 3.) L. 8. § 5. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) L. 2. C. *de infant. expos.* (8. 52.)

(61) L. 50. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 11. C. *de negot. gest.* (2. 19) L. 17. C. *de postlim.* (8. 51.)

(62) L. 1. § 15. D. *de collat.* (37. 6.) L. 3. § 17. D. *de muner.* (50. 4.) L. un. C. *de peric. success. parent.* (10. 61.)

(63) Qui, come s'intende da se, si parla soltanto del dritto di Giustiniano, non già della pratica, la quale non riconosce più una collazione della *dos adventitia*.

(1) L. 1. L. 7. D. *de her. vend.* (18. 4.)

sa, o patito qualche danno, può chiedere la riparazione del danno (2), ed in caso di dolo da parte dell'alienante anche il ristoro di tutto l'interesse che avea perchè la convenzione si fosse eseguita (3). 2) Se per contrario l'eredità realmente esiste, l'alienazione per certo è sempre efficace ed obbligatoria, anche quando l'eredità non debba appartenere all'alienante (4); ma A. se l'alienante sia il vero erede, egli rimane tale anche non ostante l'alienazione (5), senza por mente se questa sia intervenuta prima o dopo dell'adizione, giacchè nell'alienazione medesima si contiene una *pro herede gestio*, la quale autorizza gli altri a considerare l'eredità come accettata (6); salvo se l'alienante avesse espressamente protestato di non voler accettare per sè, il che certamente escluderebbe la presunzione di una *pro herede gestio* (7), ma non importerebbe alcun'accettazione a vantaggio di un altro, essendochè un'accettazione limitata, per la quale l'erede non si voglia obbligar come tale, non val nulla (8); e però l'alienante potrebbe ancora accettare senza condizione o rinunciare, ed in quest'ultimo caso dovrebbe rendere indenne il compratore per l'impossibilità di adempiere la convenzione, che per sua colpa ne risulterebbe (9). L'alienante come quegli che continua ad esser erede è sempre obbligato verso coloro, che debbano aver qualche cosa dall'eredità (10), e dall'altro lato può tuttavia validamente alienare le cose ereditarie, finchè non sieno consegnate (11), ed intentare fino alla cessione eseguita tutte le azioni competenti ad un erede, e riscuotere i crediti ereditarii (12). Nondimeno per l'alienazione cessa (13) la confusione dei dritti e delle obbligazio-

(2) L. 7-9. D. *eod.*
(3) L. 12. D. *eod.*
(4) L. 13. D. *eod.* L. 1. C. *de evict.* (8. 45.)
(5) L. 4. § 3. D. *si quis omissa causa test.* (29. 4.) L. 43. § 3. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.) L. 88. D. *de hered. inst.* (28. 5.) L. 7. § 10. D. *de minor.* (4. 4.)
(6) § 7. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 2. § 18. D. *de her. vend.* (18. 4.)
(7) *Averranii* interpetr. I. c. 12.; n. 13-16. L. 20. § 1. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 14. § 8. D. *de relig.* (11. 7.)
(8) L. 51. § 1. 2. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 77. D. *de R. J.* (50. 17.)
(9) L. 2. § 5. D. *de her. vend.* (18. 4.)
(10) L. 2. C. *eod.* (4. 39.) L. 2. C. *de legat.* (6. 37.) L. 13. § 4. D. *de hered. pet.* (5. 3.) L. 28. D. *de donat.* (39. 5.)
(11) L. 6. C. *de hered. vend.* (4. 39.)
(12) L. 16. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 21. D. *de her. vend.* (18. 4.)
(13) L. 2. § 18-20. L. 20. D. *eod.* L. 9. D. *commun. praed.* (8. 4.) L. 45. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

ni, che altrimenti segue per la successione (14); ed ancora può l'acquirente della successione, senza una precedente cessione convenire i debitori ereditarii, ed in generale valersi di tutte le azioni, che competono all'erede (15), e se un creditore ereditario siasi una volta diretto contro l'acquirente, e questi siasi difeso sul debito, l'erede per rispetto a questo debito vien liberato (16). Per ciò che riguarda le reciproche obbligazioni risultanti dall'alienazione, il cui adempimento i contraenti presso i Romani solevano promettere per mezzo delle così dette *stipulationes partis et pro parte* (17), l'alienante a) è tenuto a consegnare tutto ciò che appartiene all'eredità, e che non è stato eccettuato dall'alienazione (18), tanto se di già si fosse trovato nell'eredità al tempo dell'alienazione, quanto se vi fosse sopraggiunto di poi (19); e quindi a fare la tradizione delle cose (20), a cedere i crediti e le azioni (21), e qui non è neppure in sua libertà di dare in vece il prezzo o altro simile equivalente (22). Egli nondimeno può ritenere il guadagno che accidentalmente abbia fatto per occasione della successione, come un *indebitum* pagatogli, o una pena privata conseguita per le ingiurie patite (23). Lo stesso è per le porzioni ereditarie degli altri eredi, che a lui son ricadute, non solo quando le abbia conseguite per una ragione indipendente dal suo proprio dritto ereditario, mediante sostituzione o trasmissione, ma anche quando le abbia ottenute in forza del drittò di accrescimento (24). Ed il medesimo è pure pei legati pagatigli dai coere-

(14) V. Intorno a ciò il § 357.

(15) L. 16. D. *de pact.* (2. 14.) L. 54. pr. D. *de hered. pet.* (5. 3.) L. 5. C. *de her. vend.* (4. 39.) Confr. anche L. 13. § 1. D. *de cptione legata* (33. 5.)

(16) L. 2. C. *de pact.* (2. 3.) L. 2. C. *de her. vend.* (4. 39.)

(17) Caj. II. § 252.; § 6. J. *de fideic. hered.* (2. 23.) L. 2. pr. L. 18. D. *de her. vend.* (18. 4.) L. 50. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.)

(18) L. 2. § 12-14. L. 25. D. *de her. vend.* (18. 4.)

(19) L. 2. § 1. 3. 4. D. *eod.*

(20) L. 14. § 1. D. *eod.* L. 4. L. 6. C. *eod.*

(21) L. 2. § 3. 8. D. *eod.* L. 4. C. *eod.*

(22) L. 97. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 50. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.)

(23) L. 2. § 7. L. 21. in fine D. *de her. vend.* (18. 4.)

(24) Non si oppongono L. 2. § 4. D. *eod.* L. 53. § 1. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 9. D. *de suis et legit.* (38. 16.). Riguardo al dritto di accrescimento la cosa è in vero assai controversa V. *Gluck* Spieg. sistem. delle Pand. § 1014. ; *Rossberger* jus accrescendi. Lipsia 1827. p-201. seg.; *Klupfel* nell' Arch. per la prat. civ. vol. III. n. 11. Ma per l'opinione di coloro che rigettano la pretensione del compratore alla parte che si accresce, è decisivo, che sebbene l'alienazione di un'eredità o di una quota ereditaria dia luogo ad una specie di successione universale, essa nondimeno non vale come alienazione del dritto ereditario (Nota 6.), e per conseguenza si riferisce soltanto alla massa

di (25), e per la successione di un pupillo ricadutagli nella qualità di sostituito pupillare, se egli come erede del padre abbia alienato soltanto l'eredità paterna (26). Ma deve assolutamente consegnare, come parte costitutiva della sua quota ereditaria, ciò che egli dovea pagare a se medesimo come prelegato (27). E non è b) meno tenuto a ristorare i danni, quando per sua colpa manchi o sia stata danneggiata qualche cosa dell' eredità (28), e quindi a bonificare eziandio ciò che abbia alienato, dato via, o consumato, in quanto ciò non sia compensato dal prezzo forse ricevuto, il quale si appartiene al compratore (29). Nondimeno ciò vale senza restrizione solo per rispetto alla diminuzione della eredità provenuta per colpa dopo l' alienazione, imperocchè nel dubbio l' alienazione si estende soltanto allo stato della massa esistente al tempo dell' alienazione, e non già a quello che esisteva al tempo della morte del defunto (30). Ma l'alienante non è punto tenuto pel *casus*, ed in generale per la perdita, che non gli è imputabile a colpa (31), neppure per l' evizione delle singole cose (32), o per vizii occulti e mancanze delle cose ereditarie (33), e tanto meno è tenuto a garentire che l'eredità sia vantaggiosa, quando egli non abbia assicurato un determinato valore della medesima (34). Per contrario l'acquirente dell'eredità è tenuto a) quando abbia promesso di dare in cambio qualche cosa, ad eseguir la promessa, pel quale oggetto l'eredità è per legge obbligata come in pegno all' alienante (35), b) a lasciar prelevare o a rimborsare ciò che per cagione dell'eredità è stato pagato o speso dall' a-

ereditaria, e se l' alienazione è di una quota, soltanto a quella porzione della massa, che in essa si comprende. Se in caso di aumento della massa il compratore anche ne partecipa *pro rata* (Nota 19.), questo non è in contradizione con ciò che diciamo; imperocchè per l' aumento della massa non viene alterato il rapporto delle quote, ma soltanto se ne accresce l' ammontare, il che avviene per ogni quota; ma al contrario quando si attribuisce al compratore la porzione che si accresce, egli riceve una quota della massa totalmente diversa da quella che gli è stata venduta. Confr. anche la Nota 30.

(25) L. 24. D. *de her. vend.* (18. 4.) L. 91. D. *ad. leg. Falc.* (35. 1.)

(26) L. 2. § 2. D. *de her. vend.* (18. 4.)

(27) L. 1. § 6. D. *quod legator.* (43. 3.) L. 86. L. 91. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 34. § 11. L. 104. § 3. 4. L. 116. § 1. D. *de legat.* I. (30.)

(28) L. 50. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 2. pr. § 5. D. *de her. vend.* (18. 4.)

(29) L. 2. § 3. 4. 6. 10. L. 21. D. *eod.* L. 6. C. *eod.*

(30) L. 2. § 1. D. *eod.*

(31) L. 2. § 5. 9. L. 3. L. 21. D. *eod.*

(32) L. 5. D. *de evict.* (21. 2.) L. 1. C. *eod.* (8. 45.)

(33) L. 33. pr. L. 34. pr. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(34) L. 2. § 9. L. 14. § 1. L. 15. D. *de her. vend.* (18. 4.)

(35) L. 8. L. 22. D *eod.*

lienante (36), e c) a liberar costui dalle obbligazioni, che come possessore dell'eredità abbia dovuto assumere, ovvero farnelo indenne(37). B. I medesimi principii valgono eziandio quando l' alienante non è un proprio erede, ma per qualche altra cagione è un successore universale per rapporto all'eredità (38), colla sola eccezione, che quando il Fisco aliena un'eredità a lui deferita, i debiti passano incontanente nell'acquirente (39), e C. le obbligazioni indicate han luogo anche quando si trovi che l'eredità non appartenga all' alienante, nel qual caso costui è tenuto inoltre a prestar l'evizione, se l'eredità sia realmente evinta (40).

2.° Se alcuno aliena anticipatamente l' eredità di un morto che non gli è deferita, pel caso che la successione ricada a lui, allora, nella presupposizione che egli non abbia saputo con certezza che la successione non gli potea appartenere (nel qual caso potrebbe esser convenuto pei danni a cagione del dolo) (41), la convenzione è da riguardarsi come condizionale, e però la medesima non produce i sopradetti effetti, se non quando la successione effettivamente vien deferita all' alienante, altrimenti si estingue (42), salvo se il negozio si fosse determinatamente conchiuso come *emptio spei*, il che in ogni caso obbliga il compratore al pagamento, anche quando la condizione non viene ad effettuarsi (43).

3.° Nella stessa guisa è da regolarsi quando l'alienazione non riguarda alcuna determinata eredità, ma si fa in termini generali pel caso che qualche eredità sia già deferita o si debba in seguito deferire all' alienante, imperocchè anche questa convenzione, la quale per altro è perfettamente permessa (44), si può concepire o come una semplice convenzione condizionale, o come una *emptio spei*.

4.° Ma finalmente se alcuno voglia anticipatamente alienare l'eredità di una persona vivente, a cui egli ha la speranza di succedere, ciò non è valido se non quando quegli, della cui eredità si tratta, abbia prestato il suo consenso, e questo consenso fino alla sua morte può sempre

(36) L. 2. § 9. 11-17. 20. L. 18. D. *eod.* L. 2. C. *eod.* L. 2. C. *de legatis.* (6. 37.)
(37) L. 2. § 14. 20. D. *de her. vend.* (18. 4.) L. 28. D. *de donat.* (39. 5.)
(38) L. 16. D. *de her. vend.* (18. 4.) L. 13. § 9. D. *de her. pet.* (5. 3.). Non si oppone L. 59. § 1. D. *de jure dot.* (23. 3.)
(39) L. 41. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 1. C. *de her. vend.* (4. 39.)
(40) L. 8. L. 13. D. *eod.* L. 13. § 8. D. *de her. pet.* (5. 3.)
(41) L. 12. D. *de her. vend.* (18. 4.)
(42) L. 10. L. 13. D. *eod.*
(43) L. 11. D. *eod.*
(44) L. 3. § 2. D. *pro socio* (17. 2.). Nelle così dette rendite vitalizie non è rara un' alienazione indeterminata di questa specie.

esser rivocato (45); che se non si curi di richieder questo consenso si perde in pena il dritto ereditario (46). Speciali effetti avean luogo nei tempi antichi, quando colui che alienava l'eredità o la sua quota ereditaria, intraprendeva una *in jure cessio*, il che un erede intestato poteva fare così prima come dopo l'adizione, ma non prima della delazione, ed un erede testamentario non potea fare che dopo l'adizione. Allorchè questa cessione erasi validamente fatta prima dell'adizione, trasferiva pienamente nell'acquirente il dritto ereditario dell'erede con tutti gli effetti, mentre al contrario quando facevasi dopo l'adizione si trasferivano soltanto le cose ereditarie, ma i debiti rimanevano presso l'erede, ed i crediti si estinguevano in tutto, cosicchè i debitori rimanevano liberati. Se poi anche gli eredi che acquistavano l'eredità *ipso jure* potessero fare una siffatta cessione era tra i Sabiniani e i Proculiani grandemente controverso (47). Ma nei tempi posteriori insieme con la *in jure cessio* scomparve eziandio quest'applicazione della medesima.

III. Acquisto provvisorio di un eredità:

1) *Bonorum possessio ventris nomine*

§. 361. Come si è già osservato, ci ha molti casi, ne'quali la *bonorum possessio* può provvisoriamente esser conceduta (1). Un caso principale di questa specie è quando vien deferita l'eredità ad un figlio non ancora nato, nel qual caso la madre secondo le circostanze è autorizzata dall'Editto di chiedere a nome del figlio che ha in seno *ventris nomine* l'immissione nel possesso dell'eredità o della quota ereditaria che gli spetta. Un siffatto dritto 1) ha senza alcuna restrizione ogni vedova o moglie divorziata incinta, il cui figliuolo sia un *suus heres* del defunto; tanto se ella sia stata la moglie del defunto medesimo, o di un figliuolo di lui, quanto se abbia luogo la successione intestata, o la testamentaria (2): 2) per eccezione poi anche la madre di un *posthumus alienus* istituito erede può ottenere l'immissione, se è povera ed ha bisogno di soccorso (3). Per contrario le madri di eredi intestati che si

(45) L. 30. C. *de pactis* (2. 3.)

(46) L. 29. § 2. L. 30. D. *de donat.* (39. 5.) L. 2. § 3. D. *de his quae ut indignis* (34. 9.). Secondo i principii attuali su i patti successorii, questa pena per verità non dee aver luogo, ed in generale il consenso del testatore non è necessario. *Gluck* l. c. § 1013. p. 314.

(47) Caj. II. 34-37. III. 85-87.; Ulp. XIX. 11-15.; Plin. Epist. V. 1,

(1) V. § 303. Nota 18.

(2) L. 1. pr. § 1-13. 16. L. 7. L. 10. D. *de ventre in poss. mitt.* (37. 9.)

(3) L. 6. D. *eod.*

sperano, ma che non sono *sui* del defunto, non hanno alcun dritto all'immissione (4), e tanto meno le madri di quei tali *sui* sperati che anticipatamente sieno stati in modo valido e senza alcuna condizione diseredati (5). Non si prende in considerazione che la donna incinta la quale chiede la *missio ventris nomine* sia stata punita d'adulterio, e per questo sia impugnata la legittimità del figliuolo (6); ma il giudice dee assolutamente accertarsi mediante una *causae cognitio* se ella sia effettivamente incinta, e sia la moglie per la quale si spaccia (7); soltanto, secondo la disposizione di Adriano, nel dubbio dee sempre decidersi a favore di lei (8). L'immissione dura fino alla nascita del figliuolo, o finchè sia provato che l'immessa non sia incinta (9), e durante questo tempo dall'eredità se le somministrano gli alimenti, che ella non è neppur tenuta a rimborsare, quando in buona fede abbia errato sulla sua gravidanza (10). Intanto l'amministrazione del patrimonio non appartiene a lei, e neppure al *curator ventris*, che ella è tenuta di far nominare sotto pena di perdere il suo dritto di ereditare una volta dal figliuolo che spera (11), e che dee invigilare all'interesse del fanciullo; ma piuttosto l'amministrazione secondo l'Editto dee affidarsi ad uno speciale *curator bonorum*, che per tale oggetto si deve nominare, ovvero ai creditori ereditarii, il che nondimeno presso i Romani non era strettamente osservato, giacchè quando i creditori non si opponevano, l'amministrazione si lasciava al *curator ventris*, ed anche alla medesima immessa (12). Se l'immissione siasi procurata con dolo, quando non si avea alcun dritto di chiederla, agli eredi ed in generale a tutti coloro che ne avean patito danno, competeva un'azione pretoria annuale pel ristoro del loro interesse (13), e sulla imputazione del dolo poteva all'immessa deferirsi il giuramento (14). Parimente avea luogo un'azione pretoria pel risarcimento del danno, quando l'immessa ma-

(4) L. 7. § 1. D. *eod.*
(5) L. 1. § 2. 3. 5. 9. D. *eod.*
(6) L. 1. § 15. L. 7. § 1. L. 8. D. *eod.*
(7) L. 1. § 14. L. 7. § 1. D. *eod.*
(8) L. 3. § 3. D. *ne vis fiat ei qui in poss. miss. est* (43. 4.)
(9) L. 1. § 27. L. 2. D. *de ventre in poss. mitt.* (37. 9.)
(10) L. 1. § 19. 20. L. 3-6. L. 9. D. *eod.*
(11) L. 2. § 30. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.)
(12) L. 1. § 17-26. L. 5. D. *de ventre in poss. mitt.* (37. 9.) L. 48. D. *de admin. et peric. tut.* (26. 7.)
(13) L. 1. § 28. D. *de ventre in poss. mitt.* (37. 9.) L. un. § 2-12. D. *si mulier ventris nom. in poss. calumniae causa esse dic.* (25. 6.)
(14) L. un. pr. § 1. D. *eod.*

liziosamente avea trasferito il possesso ad un altro, e questa non si prescriveva già in un anno (15). Amendue le azioni, quando l'immessa stava tuttavia sotto la patria potestà, ed il padre avea partecipato al dolo, ovvero ne avea tratta utilità, poteano elettivamente intentarsi anche contro costui (16). Del rimanente per impedire la supposizione di figliuoli non veri, le vedove gravide erano per lo Editto obbligate di dar notizia della loro gravidanza almeno trenta giorni prima del parto a coloro che come coeredi o come eredi successivamente chiamati alla successione aveano interesse che non nascesse alcun figliuolo. Ma quest'obbligo avea luogo anche quando la vedova non avesse dimandato o potuto domandare l'immissione in possesso; e quindi non stava in una necessaria connessione con la *missio ventris nomine* (17).

2) *Bonorum possessio ex Carboniano Edicto.*

§ 362. Se ad un impubere, che come discendente di un morto è chiamato alla successione, si contrasti che egli discenda dal defunto, secondo l'Editto di un Pretore Carbone egli può domandare che la contesa sia differita fino alla sua pubertà, ed intanto gli sia conceduto il possesso dell'eredità o della sua quota ereditaria (1), purchè fra il termine di un anno dopo elevata la contestazione ne faccia la domanda, e non abbia trascurato di chiedere a tempo debito l'ordinaria *bonorum possessio* (2). L' Editto Carboniano per verità riguardava soltanto la successione intestata; ma per le costituzioni fu esteso eziandio ai discendenti istituiti per testamento, quando fossero stati espressamente istituiti come tali (3). Intanto il giudice dee sempre imprendere una *causae cognitio*, per vedere se il punto in quistione anche in qualche modo sembri dubbioso; imperocchè quando egli trova chiara la ragione o il torto della contestazione, può anche immediatamente procedere alla decisione (4). Se all'impubere sia stato conceduto il possesso, gli son dovuti anche gli alimenti dalla eredità, ed egli ottiene il dritto di richie-

(15) L. 1. L. 2. D. *si ventris nom. muliere in poss. missa, eadem posses. dolo malo ad alium translata esse dic.* (25. 5.)

(16) L. 1. § 5. L. 2. § 1. D. *eod.* L. un. § 12. D. *si mul. ventr. nom.* (25. 6.)

(17) L. 1. § 10-15. L. 2-4. D. *de inspic. ventre* (25. 4.)

(1) L. 1. pr. § 2-8. L. 2. L. 3. pr. § 9. 12. L. 6. L. 7. pr. § 1. D. *de Carbon. ed.* (37. 10.) L. 1. L. 2. C. *eod.* (6. 17.)

(2) L. 3. § 14-16. D. *eod.*

(3) L. 3. pr. § 2. L. 1. § 9. 10. L. 11. D. *eod.*

(4) L. 1. § 9. 11. L. 2. L. 3. § 3-5. L. 7. § 3. D. *eod.*

dere tutto ciò che appartiene all'eredità, anche ciò che i coeredi debbono conferire (5). Non per tanto egli non ha dritto all' amministrazione, se non quando presti agli avversarii una cauzione per tutt' i danni, altrimenti dee per tale oggetto nominarsi un *curator bonorum*, ovvero affidarsi l'amministrazione agli avversari, se costoro offrono la necessaria sicurtà (6), ma ciò non dà loro alcun dritto di richiedere del pari gli alimenti (7). Il possesso in forza dell'Editto Carboniano naturalmente finisce col sopraggiungere della pubertà; soltanto, quando sieno stati immessi più impuberi, bisogna aspettare che tutti sieno divenuti puberi (8). Oltre a ciò estinguesi il dritto a questo possesso, quando l'immesso vuole più presto far valere il suo dritto ereditario (9). La quistione se l' immesso dopo esser giunto alla pubertà possa stare in giudizio come convenuto, ovvero debba intervenire come attore, dipende dal vedere se il possesso corporale e l'amministrazione sia stata o no conceduta a lui mediante la cauzione prestata (10). L' Editto Carboniano non si riferisce al caso che s' impugni semplicemente lo *status*, senza relazione ad un dritto ereditario, sebbene anche qui la contestazione si possa differire sino alla pubertà (11), e tanto meno torna a vantaggio dei figliuoli diseredati, quando questi non sostengono la nullità del testamento, ma vogliono semplicemente impugnarlo con la querela *inofficiosi testamenti* (12). I discendenti, a cui non sia stato lasciato che un legato, possono per certo domandare il differimento della lite sino alla loro pubertà, ma non già il possesso provvisorio del legato (13). Alcuni Giureconsulti Romani, quando a più fratelli o sorelle era contrastato il loro stato come discendenti del defunto volevano che ai puberi per riguardo degli impuberi si desse almeno il dritto di far differire la lite fino alla pubertà degli ultimi, sebbene non dessero loro anche il possesso delle loro quote ereditarie, nondimeno prevalse l' opinione contraria, la quale applicava l'Editto Carboniano semplicemente agl' impuberi fra loro (14).

(5) L. 5. § 3, L. 6. § 5. L. 15. D. *eod.*
(6) L. 1. § 1. L. 5. § 2-5. D. *eod.*
(7) L. 6. § 4. D. *eod.*
(8) L. 3. § 8. 10. D. *eod.*
(9) L. 3. § 13. D. *eod.*
(10) L. 6. § 6. L. 14. D. *eod.*
(11) L. 3. § 2. L. 6. § 3. D. *eod.*
(12) L. 1. § 8. 9. L. 7. § 2. 6. D. *eod.* L. 20. D. *de inoff. test.* (5. 2.)
(13) L. 3. § 1. D. *de Carbon. edicto* (37. 10.)
(14) Paul. S. R. III. 1.

3) *Missio in possessionem heredis scripti.*

§ 365. Per assicurare la prestazione della *vicesima hereditatum* dagli eredi testamentarii, Adriano avea pubblicato un Editto (1), secondo il quale, quando la validità di un testamento per qualsivoglia ragione venisse impugnata, dovea nondimeno darsi senza indugio la *missio in possessionem bonorum* agli eredi testamentarii (2), purchè la richiedessero fra il termine di un anno (3), ed il testamento fosse stato legalmente aperto (4). Questa immissione dovea richiedersi nel Tribunale del defunto (5), e non eravi alcun rimedio legale contro questa concessione (6). Non si poneva mente se per avventura gli eredi dovessero nuovamente restituire l'eredità come fedecommesso (7). Dalla *bonorum possessio secundum Tabulas* si distingueva questa immissione nel possesso in ciò che non si dovea prima della concessione aspettare che decorresse il termine della domanda, e non riguardava che quelle cose, le quali alla morte del defunto si trovavano nel suo possesso (8); per la qual ragione essa non dava luogo all'*interdictum quorum bonorum*, il quale serviva propriamente a ricuperare le cose, che si trovavano nel possesso altrui (9), ma solo all'*interdictum ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*, il quale era ammesso in ogni *missio in possessionem*. Intanto Giustiniano restrinse queste disposizioni al caso che gli eredi testamentarii potessero presentare un testamento, il quale non avesse esternamente alcun difetto visibile; ma nel tempo stesso dispose, che non fosse più d' importanza il tempo in cui l' immissione in possesso si fosse richiesta (10). Colla decisione

(1) L. 3. pr. C. *de edicto divi Hadriani toll.* (6. 33.)
(2) Paul. S. R. III. 5. § 14. 15.; L. 1. L. 2. C. *eod.* L. 7. C. Th. *de test.* (4. 4.)
(3) Paul. III. 5. § 16.
(4) Paul. l. c. § 17.
(5) L. 1. C. *ubi de her. agend.* (3. 20)
(6) L. 7. pr. D. *de appell. recip.* (49. 5.) L. 26. C. Th. *quor. appell. non recip.* (11. 36.) L. 6. C. *eod.* (7. 65.)
(7) L. 65. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(8) Paul. l. c. § 18.; Nov. Valentiniani III. tit. 21. n. 1. § 5.
(9) V. § 308.
(10) L. 3. C. *de edicto divi Hadriani toll.* (6. 33.). Non v' è niuna ragione a dover parlare, come molti fanno, di uno speciale *remedium ex lege* 3. C. *de edicto divi Hadr. toll.* Quivi s' intende soltanto di un' ordinaria *missio in possessionem*, ed il rimedio legale dell' immesso non è che l' *interdictum ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*, quando egli non voglia promuovere la *hereditatis petitio*.

della contesa sul testamento si estingue, come da sè s'intende, il dritto che risulta dall' immissione; ma se gli eredi testamentarii sieno riusciti vincitori, il loro possesso provvisorio mutasi in un vero dominio sul patrimonio. Potrebbe pensarsi che propriamente l' Editto di Adriano sia stato in tutto superfluo, giacchè fin d'allora da lunga pezza competea agli eredi testamentarii il dritto alla *bonorum possessio secundum Tabulas*. Ma nondimeno questa non li soccorreva in egual misura; imperocchè 1) se la validità del testamento era impugnata, dipendeva dalla discrezione del magistrato il concedere o no la *b. p. s. t.* 2) Anche quando gli eredi testamentarii avevano ottenuto la *b. p. s. t.*, gli eredi intestati che impugnavano il testamento poteano ottenere il sequestro dell'eredità, il che non avea luogo se quegli si aveano fatto concedere l'immissione nel possesso secondo l'Editto di Adriano. 3) Gli eredi testamentarii che non erano nè discendenti nè ascendenti del testatore doveano implorare la *b.p.s.t.* fra cento giorni, e se ancora come eredi civili potevano far valere il loro dritto ereditario più forte con la *hereditatis petitio*, doveano nondimeno nell'intervallo esser privi del possesso dell'eredità, mentre al contrario per l'editto di Adriano poteano anche fra un anno ottenere la *missio in possessionem bonorum* (11). 4) Da ultimo se vi erano eredi legittimarii lesi, la *b.p. contra Tabulas* di costoro era preferita alla *b. p. secundum Tabulas*; ma dopo Adriano essi doveano provvisoriamente cedere agli eredi testamentarii, tostochè questi chiedevano la nuova immissione nel possesso. Ma da ciò è anche manifesto che la disposizione di Adriano nell'interesse Fiscale poteva di leggieri essere lesiva per gli eredi intestati, il perchè pare che sia giusta la restrizione della medesima da Giustiniano introdotta.

4) *Bonorum possessio furiosi nomine.*

§ 364. Se un erede demente stia tuttora sotto la patria potestà, per verità il suo padre può sempre con pieno effetto accettare o rinunciare a nome suo (1); ma se è *sui juris*, si vuol fare una distinzione. 1) Se egli come *suus heres* acquista l'eredità *ipso jure*, la sua pazzia non ha influenza, segnatamente per l'eredità paterna, che per la morte del padre gli ricade (2). 2) Per contrario quando gli si deferisce una

(11) Per conseguenza anche la Nov. di Valentin. III. cit. avea per questa ragione rimesso agli eredi testamentarii di domandare specialmente la *bon. poss. s. t.*

(1) L. 7. pr. C. *de cur. fur.* (5. 70.)

(2) L. 7. § 2. C. *eod.* L. 63. D. *de adq. her.* (29. 2.)

eredità che richiede l'adizione, allora divien necessario il soccorso del suo curatore, intorno al che per altro le opinioni dei Giureconsulti Romani erano molto divise. In fatti mentre alcuni concedevano al curatore di potere assolutamente accettare o rinunciare (3), altri aveano avviso che la successione dovesse rimanere *in suspenso*, finchè il demente fosse morto, o fosse divenuto capace di manifestare egli stesso la sua volontà (4), ed altri opinavano anche che a richiesta del curatore si potesse mediante una *bonorum possessio decretalis* concedere al demente il possesso provvisorio dell'eredità (5). Giustiniano infine tenne per quest'ultima opinione. Il curatore quindi può chiedere la *bonorum possessio*, ed il demente ottiene per essa il godimento del patrimonio; ma se il demente non ha ricuperato la capacità di accettare o rinunciare da sè medesimo, allora alla morte sua l'eredità non passa ai suoi eredi, ma sibbene a coloro, che l'avrebbero acquistata, se egli non vi fosse stato; però quando si tratta di parenti di colui, dal quale il demente ebbe l'eredità, essa passa a coloro, che al tempo della sua morte sarebbero stati i più prossimi parenti del defunto (6); salvo se l'eredità provenisse da un ascendente del demente, e questi avesse fatta una sostituzione quasi pupillare, nel qual caso il sostituito acquisterebbe l'eredità (7).

CAPITOLO VIII.

DEL NON ACQUISTO DELL'EREDITA' DEFERITA:

I. *Ragioni del non acquisto:*

1) Ragioni fondate sulla volontà dell'erede.

§ 365. Il non acquisto di una eredità deferita può provenire o dalla volontà dell'erede chiamato, allorchè questi rinunzia l'eredità, o da altre ragioni. Per rispetto alla rinunzia, *repudiatio hereditatis*, son da distinguere più casi:

1.° Gli eredi indipendenti dal defunto *extranei heredes* hanno gene-

(3) L. 11. D. *de auctor. tut.* (26. 8.)

(4) L. 1. § 5. D. *de successor. ed.* (38. 9.) L. 1. D. *de bon. poss. furioso* (37. 3.)

(5) L. 2. § 11-13. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.) L. 51. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 7. § 3. C. *de cur. fur.* (5. 70.)

(6) L. 7. § 3-11. C. *eod.*

(7) L. 7. § 1. C. *eod.*

ralmente il dritto di rinunziare (1), colla sola eccezione che un sostituito pupillare, il quale abbia accettato la successione paterna, non può ricusare quella del pupillo (2), al che si può anche aggiugnere che gli eredi, i quali hanno acquistato la loro quota ereditaria, debbono anche accettare la porzione che loro si accresce (3). Ma perchè la rinunzia abbia effetto e sia obbligatoria, è necessario 1) che concorrano tutte le condizioni necessarie all' adizione (4), e per conseguenza A. che la successione siasi già pienamente deferita al rinunziante (5), salvo il caso che un erede testamentario anticipatamente insiem colla successione testamentaria rinunzii eziandio all' intestata (6), o un legittimario anticipatamente rinunzii al dritto d' impugnare il testamento con la *querela inofficiosi* (7); B. che il rinunziante sappia con certezza che egli si debba dichiarare (8), e C. che il medesimo abbia la stessa capacità di volontà che si richiede per l' adizione; il perchè ove questa manchi, se l' erede sta ancora sotto la patria potestà, decide il padre (9), altrimenti il tutore (10), il quale però, sebbene abbia la facoltà di accettare (11), pure può solamente confermare la rinunzia del suo pupillo, ma non già rinunziare egli medesimo (12). 2) Inoltre quando l' erede stà sotto la potestà di un altro, la rinunzia dee farsi con la volontà di entrambi (13), il che nondimeno Giustiniano cambiò pel caso, che il padre ed il *filius familias* di già pubere non fossero d' accordo intorno a ciò, essendochè in tal caso l' eredità rinunziata da uno può essere accettata dall' altro esclusivamente per sè (14). 3) Finalmente è mestieri che l' erede non abbia di già accettato, altrimenti la rinunzia non giova a nulla (15). Del resto è indifferente in che modo si manifesti la vo-

(1) § 5. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 12. D. *de cond. inst.* (28. 7.)
(2) L. 59. D. *de adq. her.* (29. 2.)
(3) V. § 369.
(4) L. 4. L. 18. D. *eod.* L. 174. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.)
(5) L. 13. pr. § 1. 2. L. 23. L. 94. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 16. D. *de suis* (38. 16.) L. 3. C *de collat.* (6. 20.)
(6) L. 17. § 1. L. 77. D. *de adq. her.* (29. 2.)
(7) L. 31. § 4. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 35. § 1. C. *eod.* (3. 28.)
(8) L. 15. L. 16. L. 23. D. *de adq. her.* (29. 2.)
(9) L. 7. pr. C. *de cur. fur.* (5. 70.) L. 8. § 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)
(10) L. 11. D. *de auct. tut.* (26. 8.)
(11) L. 5. C. *de repud. hered.* (6. 31.) L. 1. § 4. D. *de success. ed.* (38. 9.)
(12) L. 1. § 4. 5. D. *eod.* L. 1. D. *de bon. poss. fur.* (37. 3.)
(13) L. 13. § 3. D. *de adq. her.* (29. 2.)
(14) L. 8. pr. § 1. 2. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)
(15) L. 4. C. *de repud. hered.* (6. 31.)

lontà di rinunziare (16), ed una rinunzia validamente dichiarata una volta esclude per sempre dall' eredità (17), quando non si ottenga una restituzione nello stato primiero, la quale si può concedere per le ordinarie ragioni (18). Soltanto, l' erede testamentario che rinunzia, se nel tempo stesso è erede intestato, può ancora accettar come tale, purchè non abbia nel tempo stesso rinunziato anche all' eredità intestata (19).

2.° Gli eredi necessarii non possono certamente rinunziare, se non quando siano stati istituiti eredi in un testamento sotto la condizione che volessero divenire eredi (20), nel qual caso si applicano gli stessi principii che per gli eredi volontarii; intanto l' Editto del Pretore ai *sui* ma non già anche agli altri eredi necessarii (21) ha conceduto il *beneficium abstinendi*, cioè il dritto di astenersi dall'eredità paterna ad essi *ipso jure* ricaduta (22), presupposto che eglino, nel caso che sieno puberi, non si sieno ancora immischiati, e non abbiano fatto quei tali atti, che per gli altri eredi varrebbero come una *pro herede gestio*, e non abbiano rimosso nulla dell' eredità (23). L' effetto è in tutto lo stesso che per la rinunzia propriamente detta, tranne che i coeredi non son tenuti di accettare la porzione di colui che si è astenuto (24), e che Giustiniano ha permesso ai *sui* di rivocare fra tre anni il loro proposito di astenersi, i quali tre anni, quando colui che si astiene sia ancora minore, si debbono computare dal momento in cui dopo di esser giunto alla maggiore età sia trascorso il *quadriennium restitutionis* (25).

3.° Differisce dalla rinunzia dell' eredità la semplice rinunzia alla *bo-*

(16) L. 95. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(17) L. 13. pr. D. *eod.* L. 10. § 3. L. 23. L. 34. § 1. L. 45. § 1. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

(18) L. 7. § 7. 9. L. 11. § 5. D. *de minor.* (4. 4.) L. 2. C. *si minor ab her. se abstin.* (2. 39.) L. 8. § 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(19) V. Nota 6. Confr. L. 1. pr. D. *si quis omissa causa test.* (29. 4.)

(20) L. 12. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

(21) L. 57. § 2. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(22) Caj. II. 158-160.; Ulp. XXII. 24.; L. 11. L. 12. L. 38. L. 40. L. 41. L. 44. L. 55-57. L. 71. § 3-9. L. 86. § 2. L. 87. L. 89. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 1. C. *si min. ab her. se abstin.* (2. 39.) L. 1. L. 2. C. *de repud. her.* (6. 31.) L. 1. C. Greg. *si cert. pet.* (3. 1.) § 2. J. *de her. qual.* (2. 19.)

(23) L. 11. L. 12. L. 41. L. 44. L. 57. pr. L. 71. § 5-9. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(24) L. 55. D. *eod.* La ragione è che l' astenersi viene assomigliato ad una *in integrum restitutio*, giacchè rigorosamente parlando l' eredità era stata di già acquistata V. Nota 88.

(25) L. 6. C. *de repud. her.* (6. 31.)

norum possessio. Per verità rispetto ai requisiti han luogo gli stessi principii che per quella (26), ed anche qui la rinunzia una volta validamente dichiarata è obbligatoria, come per quella (27); ma siccome gli eredi necessarii debbono far la domanda per la *bonorum possessio* nel medesimo modo che i volontarii (28), così segue da ciò che quelli possono rinunziare non meno che questi, e la rinunzia non viene assimigliata che alla mancanza di domanda; laonde quando la successione passa ad un'altra classe, ed il rinunziante appartiene anche a questa, non è impedito di presentarsi anche tra gli eredi di questa classe, e quando egli è un erede civile, non è impedito di far valere in ogni tempo il suo dritto ereditario (29). Del resto non si può rinunziare alla *bonorum possessio decretalis*, imperocchè essa non si tiene per deferita prima che sia conceduta, e colla concessione poi è di già acquistata (30).

4.° Sebbene chi ha acquistato l'eredità in una o in un'altra guisa non abbia più la facoltà di ritirarsi indietro, pure egli può anche ottenere la restituzione contro l'adizione, e ciò non solamente per le cause generali di restituzione (31), ma secondo le costituzioni di Adriano, Gordiano, e Giustiniano anche per cagione di errore sulla solvibilità della massa (32). Ma nondimeno è mestieri che non sia già avvenuta nell'eredità qualche grande mutazione (33), e se un impubere si è fatto restituire contro la rinunzia fatta dal padre a suo nome, allora non può con una nuova restituzione farsi sciogliere dall'eredità (34). Sulla domanda di restituzione debbono essere intesi i creditori ereditarii (35). Se vien conceduta la restituzione, dee restituirsi o rimbor-

(26) L. 11. D. *de auct. tut.* (26. 8.) L. 1. § 1-10. D. *de success. ed.* (38. 9.) L. 2. C. *de repud. bon. poss.* (6. 19.)

(27) L. 1. C. *eod.*

(28) V. § 303. Nota 1.

(29) L. 1. § 10. 11. D. *de success. ed.* (38. 9.) L. 2. pr. D. *unde legit.* (38. 7.)

(30) L. 1. § 7. D. *de success. ed.* (38. 9.)

(31) L. 21. § 5. D. *quod. met. causa* (4. 2.) L. 29. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) L. 6. § 7. L. 57. § 1. L. 61. L. 85. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 2. D. *de success. ed.* (38. 9.) L. 1. § 10. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.) L. 1. C. *si minor ab her. se abstin.* (2. 39.) L. 8. § 1. 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) L. 1. C. *Greg. si cert. pet.* (3. 1.) Nov. 119. c. 6.

(32) Caj. II. 163.; § 5. 6. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 22. pr. C. *de jure delib.* (6. 30.)

(33) L. 4. D. *de in integr. rest.* (4. 1.)

(34) L. 8. § 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) Confr. con L. 7. § 9. D. *de minor.* (4. 4.)

(35) L. 29. § 2. D. *eod.* Nov. 119. c. 6.

sarsi tutto ciò che appartiene all'eredità (36), e la successione passa più oltre, come se fosse stata rinunziata (37). Soltanto, i coeredi non son tenuti ad accettare l'accrescimento della quota ereditaria rimasta vacante per la restituzione (38).

2) *Senza la volontà dell'erede.*

§ 366. Le cagioni, per le quali un erede anche senza sua volontà può perdere la successione deferitagli, si dividono in cagioni che impediscono soltanto l'acquisto dell'eredità, ed in altre che possono anche produrre la perdita dell'eredità già acquistata.

1.° Le cagioni della prima specie sono 1) l'inabilità di succedere (1), 2) l'incapacità (2), 3) il mancare delle condizioni, per una istituzione condizionale, 4) la morte dell'erede prima di fare l'adizione (3), e 5) l'indugio oltre al termine dell'adizione, allorchè un tal termine o sia stato prescritto dal testatore nel testamento (4), o sia stato ordinato dal giudice in seguito di una *interrogatio in jure* (5), o sia stato determinato dalla legge, come nella *bonorum possessio* (6).

2.° Le cagioni poi della seconda specie sono: 1) l'indegnità dell'erede, la quale può incontrarsi tanto prima quanto dopo l'adizione (7); 2) l'invalidamento del testamento, che può aver luogo anche dopo l'adizione, specialmente per la *querela inofficiosi*; 3) la così detta *clausula privatoria*, allorchè un erede testamentario non adempia i pesi, al cui inadempimento il testatore ha imposta la perdita della successione (8); 4) la mora nel pagamento dei legati (9); 5) la restituzione di un erede più prossimo contro la rinunzia (10); e 6) la rivoca del proposito di aste-

(36) L. 7. § 5. D. *eod.* L. 1. pr. § 2. C. *de reputationibus* (2. 48.)
(37) L. 7. § 10. D. *de minor.* (4. 4.) L. 2. D. *de success. ed.* (38. 9.)
(38) L. 61. D. *de adq. her.* (29. 2.)
(1) V. § 309. 318. 345.
(2) V. § 390.
(3) § 2. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) L. 59. § 6. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 81. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. un. § 5. C. *de cad. toll.* (6. 51.)
(4) Caj. II. 165-173. L. 69. L. 72. D. *de adq. her.* (29. 2.)
(5) L. 22. § 14. C. *de jure delib.* (6. 30.)
(6) V. § 303.
(7) V. § 384.
(8) Caj. II. 243.; L. un. C. *de his quae poen. nom.* (6. 41.)
(9) Nov. 1. c. 1.; V. § 375.
(10) § 5. J. *de eo cui lib. causa bona add.* (3. 11.) L. 7. § 7. 9. L. 11. § 5. D.

nersi da parte di un *suus heres*, in seguito della quale anche quelli, che hanno ottenuto l'eredità, son tenuti di restituirla al *suus* (11). Non pertanto si può in certo modo 7) anche qui annoverare il caso, che un erede gravato di un fedecommesso universale si lasci costringere all'adizione, giacchè allora la sua eredità o la sua quota ereditaria passa interamente al fedecommessario (12), come pure 8) il caso che mediante una ingiusta sentenza ma passata in giudicato si dichiari non competere ad un erede il suo dritto ereditario.

II. A chi appartenga l'eredità non acquistata.

1) *Generalità.*

§ 367. Ci ha 1) un numero di casi, in cui il dritto di successione di un erede che manca, passa ai suoi eredi o ad altre determinate persone, il che generalmente si può dire trasmissione dell'eredità o del dritto ereditario, quantunque questa espressione comunemente non si adoperi che per alcuni casi di questa specie (1). Or quando un tal passaggio del dritto ereditario ha luogo, i trasmissarii son preferiti a tutti gli altri, e quindi il posto del mancante non è ancora propriamente aperto e vacante, finchè non sia certo che anche i trasmissarii non verranno in vece di quello alla successione (2). Ma quando 2) non può aver luogo alcun caso di trasmissione, o quando i trasmissarii del pari non hanno acquistata l'eredità, allora, nella successione testamentaria, è da vedere se sieno stati o no nominati dei sostituti, imperocchè, quando vi son dei sostituti, la successione si deferisce ad essi secondo l'ordine del grado (3). 3) Ma se nemmeno vi sien sostituti, o se questi non abbiano acquistata l'eredità, o se si tratta di eredità intestata, in cui non vi può essere alcun sostituto, allora, se il mancante abbia dei coeredi, si fa luogo al dritto di accrescere (4). 4) Ma se al contrario non vi son coeredi, perchè o tutti son mancati, o perchè in generale l'eredità erasi deferita ad un solo, allora si viene alla *successio ordinum et gra-*

de minor. (4. 4.) L. 4. § 1. 2. D. *de fideic. libert.* (40. 5.) L. 8. § 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) L. 2. C. *si minor. se ab her. abstin.* (2. 39.)

(11) L. 6. C. *de repud. her.* (6. 31.)

(12) V. § 312. Nota 25.

(1) V. § 368.

(2) L. un. § 13. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(3) V. § 332. L. un. § 13. C. cit.

(4) V. § 369.

duum, cioè la successione vien deferita alla classe seguente, ovvero ai parenti del grado seguente (5). 5) In mancanza di eredi, o allorchè niuno di essi acquista l'eredità, allora questa come bene senza erede ricade al Fisco o a coloro che, secondo il dritto Romano posteriore, son preferiti al Fisco in *bonum vacans* (6), e se finalmente 6) anche niuno di questi voglia accettare il patrimonio, allora i creditori ottengono il dritto alla immissione nel possesso, *missio in bona defuncti*, per soddisfarsi dei loro crediti mediante l'apertura del concorso (7), il che nondimeno secondo la disposizione di Giustiniano può anche cambiarsi per effetto di una posteriore *addictio bonorum libertatum servandarum causa* (8).

2) *Specialità.*

A. Della trasmissione.

§ 368. Parecchi dei casi, nei quali il dritto di successione di un erede passa in altri, non si riferiscono che alla morte dell'erede avvenuta prima dell'adizione, e questi son quei casi che si sogliono esclusivamente indicare come casi di trasmissione.

1.° Il caso più antico che qui si riferisca è la così detta *transmissio ex capite restitutionis in integrum*, imperocchè la regola generale dell'Editto Pubbliciano, che l'impedimento, per cui senza propria colpa non si sia potuto intraprendere un atto, costituisce una ragione sufficiente per la restituzione contro le conseguenze della omissione (1), fu da Antonino Pio interpetrata ed estesa anche nel senso, che gli eredi di un erede morto potessero per mezzo della restituzione ottenere il dritto di entrare nel suo luogo, quando dimostrassero, che egli solamente per ignoranza della delazione o per altre circostanze a lui non imputabili fosse stato impedito dal dichiarare l'accettazione dell'eredità prima della sua morte (2), e che anche il padrone o il padre dell'erede, il

(5) V. § 370.
(6) V. § 343.
(7) Caj. II. 78. 79. IV. 35.; § 2. J. *de eo cui lib. causa bon. add.* (3. 11.) L. 8. § 1. D. *qui test. fac. pass.* (28. 1.) L. 55. L. 61. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 4. L. 6. L. 7. L. 28. L. 31. D. *de bon. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 1. § 1. D. *de jure fisci* (49. 14.) V. § 225. Nota 26.
(8) L. 15. pr. C. *de man. test.* (7. 2.) Confr. con § 3. J. *de eo cui lib. causa bon. add.* (3. 11.) V. § 343.
(1) V. § 84.
(2) L. 86. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 3. § 30-32. L. 4. D. *ad Sct. Silan.*

quale prima della morte di costui non fosse stato in istato di comandargli, che accettasse, potesse nella stessa guisa ottenere la restituzione per sè (3).

2.° Dopo ciò, se non prima, fu nella pratica ammesso il principio, che quando un erede, il quale avea il dritto di chiedere la *bonorum possessio*, fosse morto nel termine conceduto a far la domanda, potesse la *bonorum possessio* esser conceduta ai suoi eredi, purchè questi nel residuo del termine si presentassero in suo luogo; e questa allora era una *bonorum possessio decretalis*, giacchè nell' Editto non eravi nulla di ciò (4).

3.° A ciò seguì la così detta *transmissio ex capite infantiae*, che Teodosio II. nel 426 introdusse con la disposizione, che quando un fanciullo al di sotto di sette anni, a cui erasi deferita un'eredità, fosse morto prima dell'adizione, quell'ascendente, che al tempo della morte avea sopra di lui la potestà, o che l'avea avuta daprima, avesse il dritto di accettare l'eredità per sè stesso (5).

4.° Nell' anno 450 Teodosio II. aggiunse ancora la così detta *transmissio Theodosiana* disponendo che quando un discendente istituito erede da un suo ascendente fosse morto prima dell'apertura del testamento, senza distinzione se fosse morto vivendo il testatore o posteriormente; ed avesse lasciato dei discendenti, costoro avessero la facoltà di succedere in sua vece (6).

5.° Finalmente Giustiniano stabilì la regola generale che quando un erede morisse, senza una precedente dichiarazione, entro il termine ottenuto a deliberare o entro l'anno dalla morte del testatore, quando non fosse stato richiesto alcun termine, i suoi eredi potessero accettare entro il rimanente del termine a deliberare, o dell'anno (7), il che addimandasi *transmissio Justinianea*, per la quale la così detta *transmissio ex capite restitutionis* perdè molto d'importanza, essendochè essa non

(29. 5.). Quello Scevola che è citato nella L. 3. § 30. D. cit. dev' essere Cervidio Scevola, il quale visse sotto gli Antonini.

(3) L. 30. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(4) L. 4. § 3. L. 5. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 12. D. *de Carbon. ed.* (37. 10.)

(5) L. 18. § 1. 3. C. *de jure delib.* (6. 30.). Che Diocleziano avesse disposto la medesima cosa non si può dedurre dalla L. 3. C. *qui admitti ad bon. poss.* (6. 9.), la quale parla soltanto di una *bonorum possessio* già impetrata.

(6) L. un. C. *de his qui ante apert. tab.* (6. 52.) Confr. L. un. § 2. 3. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(7) L. 19. C. *de jure delib.* (6. 30.) Nov. 158.

potè più applicarsi se non nel caso che la morte dell'erede fosse avvenuta in un tempo posteriore, nel qual caso si dovea dimostrare non esservi stata colpa nell'indugio (8). Degli altri casi, nei quali alcuno per legge subentra nel dritto successorio di un erede che manca, si presentano 1) in primo luogo i casi della caducità, ai quali la *lex Julia et Papia Poppaea* pose il fondamento (9). 2) A questi seguirono per ordine di tempo i casi d'indegnità, nei quali eziandio il dritto ereditario dell'erede indegno passa sempre ad altre persone determinate (10). 3) Da ultimo appartiene qui, secondo la disposizione di Giustiniano, che quando vien deferita un'eredità a' figliuoli puberi sotto la patria potestà, ed essi non vogliono acquistarla, il padre possa invece di loro accettarla per sè (11).

B. Del dritto di accrescimento (*)

§ 369. Secondo un'antichissima opinione, la quale senza dubbio non sorse la prima volta in Roma, che cioè ogni erede si riguarda come un *successor in universum jus defuncti* (1) s'intende di per se che col mancare di uno fra più eredi, il dritto degli altri si debba estendere anche alla sua quota ereditaria, il che chiamasi dritto di accrescimento *jus accrescendi* (2). Anzi chi una volta è divenuto erede non può

(8) Ma non è da ammettere che Giustiniano nelle parole della L. 19. C. cit. « quo (sc. tempore) completo, nec heredibus ejus alius regressus in hereditatem habendam servabitur » avesse voluto vietare anche la restituzione.

(9) V. § 383. I particolari si esporranno più appresso, perchè bisogna considerare anche i legati.

(10) V. § 384. Anche intorno a ciò i particolari sono esposti più appresso, perchè le cagioni d' indegnità riguardano egualmente i legati.

(11) L. 8. pr. § 1. 2. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.). Ciò non ha luogo pei figliuoli impuberi, imperocchè, siccome qui il padre soltanto decide, e quindi non si prende in considerazione la loro volontà di rinunziare, così il padre può accettare o rinunziare soltanto per essi, ma non può accettare per sè stesso L. 8. § 6. C. *eod.*, salvo quando, essendo essi *infantes* nel proprio significato della parola, sieno morti prima dell' adizione cosicchè si applica la *transmissio ex capite infantiae* (Nota 4.)

(*) *M. G. Van. Alphen* de orig. natura et effect. jur. accrescendi L B. 1807. 8.; *Rossberger* de jure accresc. Lipsia 1827. 8.; *Baumeister* dritto di accrescimento tra i coeredi. Tubingen 1829. 8.

(1) V. § 298.

(2) L. 59. § 3. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 31. L. 53. § 1. L. 55. L. 76 pr. D. *de adquir. her.* (29. 2.) L. 3. § 9. L. 4. L. 5. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 1. § 10. D. *de succ. ed.* (38. 9.) L. 9. D. *de suis.* (38. 16.) L. 17. pr. L. 23. § 2. D. *de inoff. test.* (5. 2.). L'opinione di Duareno de jure accresc. lib. I. c. 1. (Opera p. 1075. seg.)

ricusare la porzione che gli si accresce; e per quest' appunto non è tenuto a farne prima l'accettazione, ma l'acquista incontanente *ipso jure* (3), anche quando non abbia avuto notizia dell' avvenimento, o siasi morto prima del medesimo (4). Le condizioni di questo dritto di accrescimento sono molto semplici:

1.° È mestieri che per la mancanza di un erede la sua porzione sia rimasta realmente vacante, e però, se il suo dritto di successione sia passato in altri, o vi sieno dei sostituti, il dritto di accrescimento non ha luogo, se non nel caso e dal momento in cui è certo che anche questi non possano o non vogliano acquistare la quota ereditaria (5).

2.° È anche mestieri che la porzione vacante non sia stata di già validamente acquistata, il che veramente secondo il dritto civile antico non poteasi verificare, ma poi divenne possibile sì per la circostanza che l'Editto del Pretore promise a tutti gli eredi la restituzione contro l'accettazione, ed ai *sui* che acquistano *ipso jure*, il *beneficium abstinendi* (6), e sì ancora perchè un erede, secondo una disposizione di Giustiniano, può perdere la sua eredità per effetto della clausola privatoria, e parimente per la negligenza nello adempimento dei legati, nel qual caso però i coeredi non son tenuti ad accettare la porzione ereditaria di colui, che posteriormente si è spogliato della eredità, o ne è decaduto (8), sebbene competa loro un dritto sopra di essa, quando vogliano acquistare la parte divenuta vacante (9).

3.° Quegli, al quale si dee fare l'accrescimento non solo deve aver acquistato la sua propria quota (10), ma deve ancora esser rimasto erede, il perchè chi si è fatto restituire contro l'accettazione, o ha per-

che la lex Papia Poppaea sia la fonte del *jus accrescendi* non ha per sè altro appoggio che un pajo di testi. La L. 89. D. *de legat.* III. (32.) L. 142. D. *de V. S.* (50. 16.) son prese dai libri di Paolo *ad legem Juliam et Papiam*. Nei legati il *jus accrescendi* era senza dubbio più antico. Ulp. XXIV. 12.

(3) L. 53. L. 55. L. 76. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 2. § 8. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.) L. un. § 8-10. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(4) L. 31. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 9. D. *de suis.* (38. 16.) L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.) § 4. J. *de Sct. Orphit.* (3. 4.)

(5) L. 2. § 8. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.) L. un. § 12. C. *de cad. toll.* (6. 51.) Nov. 1. c. 1. § 3.

(6) V. § 365. Nota 22. e 31.

(7) V. § 366. Nota 8. e 9.

(8) L. 61. L. 55. D. *de adquir. her.* (29. 2.)

(9) Nov. 1. c. 1. § 1.

(10) L. un. C. *quando non petent. partes* (6. 10.) L. 26. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 9. D. *de suis.* (38. 16.)

duto per indegnità la sua quota ereditaria, o da un fedecommessario universale è stato costretto all'accettazione, e per effetto di ciò ha dovuto rilasciar tutto al fedecommessario, non ha alcuna pretensione al dritto di accrescimento, il quale in tal caso piuttosto si appartiene a colui, che è subentrato nel suo luogo (11), mentre al contrario non si fa conto dell'alienazione, perchè non ostante di essa si rimane erede (12). Se l'accrescimento si fa a più coeredi, essi si dividono la porzione accresciuta secondo la misura della loro propria quota (13). Ma non sempre una porzione vacante ricade a tutt' i coeredi insieme.

1.° Nella successione testamentaria 1) gli *heredes ex re certa*, che sono istituiti con altri eredi, non godono del dritto di accrescimento, se non in quanto, in mancanza di tutti gli altri, essi divengono eredi in loro vece (14). Inoltre 2) se il mancante è un *heres conjunctus* cioè uno di più eredi congiunti mediante una porzione ereditaria comune, la sua parte si accresce soltanto agli altri congiunti, ma è indifferente per altro se essi sieno semplicemente *re conjuncti*, o nel tempo stesso *re et verbis conjuncti*, (15) mentre la porzione ereditaria di un *heres disjunctus* si ripartisce sempre fra tutti (16), e 3) se un soldato abbia istituito degli eredi con indicazione delle loro parti, il dritto di accrescimento non ha luogo fra loro, se non quando sia stato prescritto dal testatore, altrimenti le porzioni vacanti vanno agli eredi intestati (17).

2.° Nella successione intestata del pari quando manca alcuno di co-

(11) L. 83. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. un. § 12. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(12) V. § 360. Nota 24. Nell'antica *in jure cessio hereditatis* la cosa potè bene essere altrimenti, perchè in ciò si conteneva una vera trasmissione del dritto ereditario, almeno quando un erede intestato prima dell'adizione avea intrapresa la *in jure cessio* V. § 360. Nota 48.

(13) L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(14) V. § 331. Nota 13.

(15) V. § 331. Nota 7. L'opinione che i *re et verbis conjuncti* erano anche preferiti ai semplici *re conjuncti* non ha per sè niun appoggio, anzi le sta contro la natura stessa della cosa, imperocchè pei *re conjuncti*, dove la chiamata di più persone ad una quota è stata dal testatore espressamente fatta, la congiunzione è certamente più stretta che pei *re et verbis conjuncti*, dove soltanto dalla congiunzione ch'è nelle parole, si deduce che debba aver luogo una congiunzione anche per rispetto alla quota ereditaria. Non si oppone la L. 89. D. *de legat.* III. (32.), la quale ha vigore soltanto pei legati. V. § 372. Nota 19.

(16) L. 17. § 1. L. 59. § 3. L. 63. L. 66. D. *de her. inst.* (28.5.) L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(17) L. 37. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 1. C. *eod.* (6. 21.)

loro che appartengono ad una stessa stirpe la sua porzione si accresce in prima soltanto agli altri coeredi della medesima stirpe (18). (a)

3.° Di quei successori straordinarii, che concorrono con altri eredi 1) coloro, il cui dritto di successione si fonda nel concubinato, non partecipano del dritto di accrescimento, se non in quanto, mancando uno di essi, gli altri prendono una maggior porzione in quel sesto dell'eredità che a tutti loro insieme si appartiene (19); per contrario 2) compete il dritto di accrescimento alla vedova povera, allorchè di quattro o più eredi un solo o alcuni vengono a mancare, essendochè per questo la sua porzioue virile diviene maggiore, ed anzi, se il numero degli eredi sia ridotto a meno di quattro, la sua porzione da una porzione virile si accresce al quarto dell' eredità (20). Ma generalmente se non vi sieno più che tre eredi, il mancare di uno o di due dei medesimi non ha alcuna influenza sulla successione della vedova povera (21), e se mancano tutti gli eredi più prossimi, la vedova non ottiene l'intero, ma si fa luogo alla *successio ordinum et graduum* (22), ed allora la porzione della vedova si regola secondo il numero degli eredi che subentrano, senza riguardare quale sarebbe stata la sua porzione, se i chiamati in primo luogo avessero ereditato. Dopo Settimio Severo l'accrescimento in tutti i casi ha luogo *cum onere*, cosicchè i legati ed altri pesi imposti a quei che son mancati, passano nei coeredi che ottengono la loro porzione (23), e la porzione che si accresce in generale si confonde e si fa tutt'uno con la propria porzione ereditaria del coerede (24).

(18) L. 12. pr. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 7. D. *de collat.* (37. 6.) L. 1. § 12. D. *de conjung. cum emanc. lib.* (37. 8.) L. 5. § 2. *si tab. test.* (36. 6.) Questi passi parlano veramente soltanto di nipoti da figlio, ma lo stesso deve attualmente valere nella seconda e terza classe pei figliuoli di fratelli e sorelle.

(19) Questo segue da ciò, che la porzione della concubina e dei figliuoli di concubine rimane sempre un sesto, essendo indifferente con quanti eredi essi concorrano, e quanti di essi vi sieno e succedano. V. § 344. n° II.

(20) V. § 344. n° I.

(21) Imperocchè la porzione qui ammonta sempre ad un quarto dell' eredità.

(22) Naturalmente qui non si parla del caso che si venga alla *bonorum possessio unde vir et uxor* per la *successio ordinum*, imperocchè allora la vedova eredita non già come una vedova povera, ma sibbene per un fondamento del tutto diverso.

(23) L. 61. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 4. C. *ad Sct. Treb.* (6. 49.) L. un. § 4. 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(24) Intorno ad un'eccezione per rispetto alla quarta falcidia veggasi il § 373.

(a) Così p. es. se alcuno lasci due figliuoli, e due nipoti da un altro figliuolo, ed uno de' nipoti venga a mancare la sua porzione si accresce al fratello. *(Nota del Tr.)*

C. Della chiamata degli eredi più lontani.

§ 370 Mentre il dritto civile antico in mancanza degli eredi testamentarii facea subentrare gli eredi intestati, ma nella successione intestata stabiliva la regola: *in legitimis hereditatibus non est successio*, la quale significava che l'eredità una sola volta per sempre si deferiva ai più prossimi parenti intestati, ma se costoro non acquistavano l'eredità, i più lontani non venivano per questo ad entrare nel loro luogo (1), l'Editto del Pretore invece nella *bonorum possessio* generalmente introdusse la *successio ordinum* cioè la chiamata delle classi seguenti, quando delle precedenti non erasi presentato alcuno (2), e nelle due classi *unde liberi* e *unde cognati* introdusse anche la *successio graduum*, cioè l'ammissione dei discendenti o cognati più remoti, quando i più prossimi non si presentavano (3). La *successio graduum* avea qui luogo tanto illimitatamente, che potevano ottenere la *bonorum possessio* non già semplicemente i parenti più lontani di altre linee, ma gli stessi proprii figliuoli di coloro, che non si erano presentati (4); nondimeno nella seconda classe *unde legitimi* l'Editto seguitò ad osservare l'antica regola; cosicchè qui la *bonorum possessio* concedevasi solamente ai più prossimi agnati che si trovavano (5), finchè Giustiniano da ultimo estese anche a questa classe la *successio graduum* (6). Una speciale applicazione di questi principii avea luogo nella *querela inofficiosi* per effetto della successione nella querela, che qui si ammetteva quando i più prossimi eredi legittimarii aveano rinunziato o erano morti (7). In che modo, dopo introdotto da Giustiniano il nuovo ordine di successione, si debba procedere in questa materia, non è detto nella novella 118, e per questa ragione appunto si dee tuttavia seguire la precedente teorica, in quanto si possa conciliare col novello sistema. E però 1) ha luogo ancora la *successio ordinum* quando tutti gli eredi della classe precedente abbiano rinunziato, o in altra guisa sieno mancati. E non al-

(1) Caj. III. 11-13. 22.; Ulp. XXVI. 5.; Paul. S. R. IV. 8. § 23.; § 7. J. *de legit. agnat. succ.* (3. 2.)

(2) L. 1. pr. § 6. 11. D. *de successor. ed.* (38. 9.)

(3) Ulp. XXVIII. 11. § 7. J. cit. L. 3. C. *unde liberi* (6. 14.)

(4) L. 3. C. cit. Non si oppone L. 3. D. *de conjung. cum emanc. lib.* (37. 8.), la quale non contiene che un dritto singolare per la *bonorum possessio contra tabulas*.

(5) Caj. III. 28.; § 7. J. cit.

(6) L. 15. § 3. C. *de legit. hered.* (6. 58.) § 7. J. cit.

(7) V. § 350. Nota 16.

trimenti, 2) quando si succede secondo la prossimità del grado, in mancanza dei più prossimi parenti acquistano dritto alla successione i parenti del grado seguente, e quindi A. nella seconda classe sono ammessi i più lontani ascendenti, quando i più prossimi non abbiano acquistata l'eredità, e B. nella quarta classe sono ammessi i parenti collaterali più remoti, quando il dritto dei più prossimi per qualsivoglia ragione siasi estinto. 3) Per contrario nella prima classe i nipoti o pronipoti da figliuoli, che alla morte del defunto esistevano tuttora, non possono altramente ereditare, che quando i figliuoli, dai quali hanno origine sieno posteriormente morti in quelle tali circostanze, che danno luogo ad un caso di trasmissione; imperocchè Giustiniano espressamente non chiamò alla successione dell'Avo che i nipoti da figliuoli già morti *praemortuis filiis*, e per conseguenza i nipoti da parte di figliuoli tuttora viventi alla morte dell'Avo non hanno alcun dritto ereditario (8), ed il medesimo 4) dee valere eziandio nella seconda e terza classe per rispetto ai figliuoli di fratelli e sorelle, imperocchè qui del pari non son chiamati che i figlinoli de' fratelli o delle sorelle morte prima del defunto, *praemortuis s. praedefunctis fratribus vel sororibus* (9).

CAPITOLO IX.

DEI LEGATI E FEDECOMMESSI

I. Subietti de' medesimi

1) *Gravato.*

§ 371. Ciò che intorno ai legati qui abbiamo ad esporre sono quei prin-

(8) Nov. 118. c. 1. In compruova che questa sia effettivamente l'opinione di Giustiniano si può anche allegare la L. 34. C. *de inoff. test.* (3. 28.), in cui Giustiniano coerentemente esprime che i nipoti da un figliuolo trasandato o diseredato nel testamento dell'Avo (*Jure transmissionis*) succedono nella querela quando il loro padre è morto dopo l'avo, ma non già quando egli l'ha rinunziato alla querela, ovvero l'ha lasciata prescrivere, e di ciò si allega come ragione che i nipoti da figliuoli viventi non aveano contro l'avo un dritto ereditario per sè, il che dopo la Novella 118 non patisce più neppure un'eccezione per rispetto ai nipoti da un figlio emancipato, i quali sieno rimasti nella potestà dell'avo V. § 342. Nota 15.

(9) Nov. 118. c. 3. Nov. 127. c. 1. Per quanto io sappia di scritti che trattano di quistioni sulla *successio graduum* pei nipoti, e figli di fratelli e sorelle, niuno ha posto mente che a costoro non è attribuito un dritto ereditario assolutamente, ma soltanto quando i loro genitori sieno morti prima del testatore. Ma se, allorchè i loro genitori vivono alla morte del testatore, non hanno per sè stessi un dritto ereditario, non possono neppure prender parte nella *successio graduum*, ma venir soltanto per effetto di trasmissione, per la qual cosa una fondata quistione qui pare impossibile.

(*) *Rosshirt* la teorica dei legati secondo il dritto Romano Heidelb. 1835. 8.

cipii, che dopo l'assimilazione dei legati e fedecommessi fatta da Giustiniano (1), valgono per amendue queste specie di disposizioni, in quanto nella teorica delle disposizioni di ultima volontà non si sieno di già esposti, o per ragioni di opportunità non sieno stati già dichiarati in altri luoghi (2). Da prima si hanno a considerare i subietti dei legati, cioè l'*onerato* o gravato che dee soddisfare il legato (3) e l'*onorato* che dee riceverlo. Or mentre gli antichi legati non poteano essere imposti che agli eredi testamentari, o ai loro sostituti (4), ora per contrario (5) il principio ricevuto pei fedecommessi, che cioè ognuno, al quale il defunto abbia lasciato pervenire qualche cosa dal suo patrimonio, possa anche esser gravato di legati (6), forma la regola generale. Secondo ciò possono esser gravati: 1) tutti coloro, ai quali il defunto per disposizione di ultima volontà ha dato qualche cosa della sua successione, e quindi gli eredi testamentari (7), i sostituiti volgarmente (8), i legatari (9), i fedecommessari (10), i donatari *mortis causa* (11), ed anche i sostituiti pupillarmente (12), eccetto quando sieno stati sostituiti ad un figliuolo diseredato, e non sieno divenuti eredi del padre, e per conseguenza non abbiano nulla ricevuto dal patrimonio del testatore (13); 2) gli eredi intestati (14), compresi coloro che succedono nei beni vacanti (15); 3) i futuri eredi delle predette persone (16), come

(1) V. § 312.

(2) P. es. i principii sulle condizioni, sulle determinazioni di tempo, e sul *modus* nei legati § 313. e 314.

(3) Le espressioni tecniche che si incontrano nelle fonti relativamente a ciò sono: *is a quo legatum est*, ed *is cui fideicommissum s. cujus fideicommissum est* e pei fedecommessi universali anche *heres fiduciarius*.

(4) Caj. II. 260. 271. Caj. Epit. II. 7. § 8.

(5) § 1. J. *de sing. reb. per fideic. rel.* (2. 24.) L. 9. C. *de fideic.* (6. 42.)

(6) Caj. II. 271.; Ulp. XXV. 10.; L. 8. § 1. D. *de jure codic.* (29. 7.) L. 1. § 6. D. *de legat.* III. (32.) L. 19. D. *de alim. leg.* (34. 4.)

(7) L. 9. C. cit.

(8) L. 74. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. § 5. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

(9) § 1. J. *de sing. reb.* (2. 24.) § 11. 12. J. *de fideicomm. her.* (2. 23.) L. 70. D. *de legat.* II. (31.)

(10) § 1. J. cit. § 11. 12. J. cit. L. 63. § 11. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(11) L. 1. C. *de don. mort. causa* (8. 57.)

(12) L. 12. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.) L. 43. § 10. D. *de legat.* I. (30.)

(13) L. 41. § 3. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 126. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. § 8. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

(14) § 10. J. *de fideic. her.* (2. 23.) L. 41. § 3. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.) L. 8. § 1. D. *de jure cod.* (29. 7.) L. 92. § 2. D. *de legat.* I. (30.)

(15) L. 96. § 1. L. 114. § 2. D. *eod.* L. 6. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(16) L. 5. § 1. D. *de legat.* III. (32.) L. 41. § 3. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

pure 4) il padrone o il padre delle medesime, il quale succede mediatamente per loro mezzo (17), ma non già anche coloro, ai quali un successore abbia dato qualche cosa *implendae conditionis causa*, essendochè, sebbene il defunto abbia imposta come condizione la prestazione di questa tal cosa, pure essa non si può riguardare come provenuta dal defunto e dal suo patrimonio (18), e tanto meno coloro i quali non ricevono che ciò che loro è dovuto per legge, come la dote da restituirsi, o la *quarta Divi Pii* dell' impubere arrogato, o la legittima di un erede legittimario (19), o ciò che per effetto di un negozio civile tra vivi possono richiedere dalla successione, come una *dos receptitia* (20). Se in un legato non siasi detto chi debba soddisfarlo, esso si ritiene come imposto agli eredi, i quali allora vi debbono contribuire ciascuno in proporzione della sua quota ereditaria (21). Questo ultimo ha luogo parimente allorchè il legato è stato espressamente imposto a tutti gli eredi, ma senza determinazione di ciò che ciascuno abbia a contribuire (22). Ma se altrimenti il defunto abbia imposto il legato a più persone, e non determinato quel che ciascuno debba contribuire, tutti son tenuti a dare una porzione eguale (23), sebbene i Sabiniani da prima fossero di altro avviso (24). Niuno è mai tenuto a prestare ciò che non si è potuto ottenere da un altro gravato (25); per contrario nel caso della indivisibilità dell'oggetto legato, tutti i gravati son tenuti solidalmente (26). Ancora può disporsi che più persone prestino ciascuno interamente il medesimo oggetto (27). Da Settimio Severo fu stabilita la regola che i sostituiti debbano addossarsi anche i legati imposti agli eredi diretti, se il testatore non abbia espressa una intenzione contraria, o non l'abbia chiaramente manifestata mediante una disposizione di altri legati pei

(17) L. 1. § 10. L. 40. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Ciò non valeva per gli antichi legati. Ulp. XXIV. 21.

(18) L. D. *de cond et dem.* (35. 1.) L. 8. pr. L. 31. § 2. D. *de mort. causa don.* (39. 6.)

(19) L. 1. §. 13. L. 2. pr. § 1. D. *de dote praeleg.* (33. 4.) L. 32. L. 36. § 1. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(20) L. 31. §. 2. *de mort. causa don.* (39. 6.)

(21) L. 33. pr. L. 44. pr. D. *de legat.* II. (31) L. 98. D. *de legat.* III. (32.)

(22) L. 4. § 1. L. 54. § 3. L. 124. D. *de legat.* I. (30.)

(23) L. 54. §. 3. L. 124. D. *eod.*

(24) L. 17. D. *de duob. reis* (45. 2.) Paolo riferisce ciò come una semplice notizia storica, ed anche Pomponio nella L. 54. §. 3. D. de legat I (30.) sebbene Sabiniano, manifestamente abbracciò l'opinione de' Proculiani.

(25) L. 33. pr. D. *de legat.* II. (31.)

(26) L. 80. § 1. D. *ad leg Falcid.* (35. 2.)

(27) L. 53. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. L. 12. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.)

sostituiti (28). E questa regola più tardi fu estesa in ciò 1) che anche nell'accrescimento di una porzione ereditaria, i legati imposti all'erede mancante passino ai coeredi (29); 2) che quando alcuno per trasmissione o per altro modo subentra nel dritto successorio di un altro, debba parimente soddisfare i legati imposti a costui (30); e 3) che quando non si è acquistato un legato, sul quale siasi imposto un altro legato, colui che l'ottiene o lo conserva, debba adempiere eziandio ai pesi che vi erano annessi, il che non cominciò a valer come regola generale che da Giustiniano (31). Ma non per tanto l'estensione non va più oltre, e segnatamente i legati imposti agli eredi testamentari, allorchè questi non succedono, non passano agli eredi intestati. Non però di meno anche ciò ha le sue eccezioni (32), ed in due casi gli eredi testamentari, quantunque non sieno come tali pervenuti alla successione, debbono non per tanto adempire i legati o darne il valore. 1) Il primo caso è quando essi, litigando cogli eredi intestati sulla validità del testamento, abbiano perduta la lite per loro colpa manifesta (33); 2) il secondo poi, quando dolosamente lascino divenir destituto il testamento per far estinguere i legati, affinchè da essi liberati vengano di poi in altra guisa a godere dei vantaggi della successione, nel qual caso un Editto del Pretore per pena impose loro che adempissero ai legati (34). Il più semplice modo come ciò può avvenire è quando gli eredi intestati istituiti maliziosamente rinunciano, ovvero, se la istituzione è condizionale, a bella posta non adempiono la condizione, e di poi vengono ad

(28) L. 74. D. *de legat.* I. (30.) L. 61. § 1. D. *de legat.* II. 31.) L. 4. C. *ad Sct Treb.* (6. 49.) Come s' intende da se, ciò vale ancora per la sostituzione volgare tacita, quando il sostituto pupillare di un pupillo istituito ma che non succede, viene perciò come sostituito volgarmente L. 41. § 5. 7. L. 31. L. 79. L. 80. pr. D. *ad leg Falc.* (35) 2.). I legati che il pupillo pervenuto alla successione avrebbe dovuto già soddisfare. si doveano secondo la regola antica assumere anche dal sostituito pupillarmente, quando egli di poi come tale succedeva al pupillo, imperocchè questi legati erano divenuti un debito della eredità pupillare L. 41. § 5. D. *ad leg. Falc.* (35. 2).

(29) L. 49. §. 4. L. 61. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(30) Ulp. XVII. 3. L. 9. D. *ad Sct. Silan.* (29 5.) L. 50. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 60. § 1. D. *de cond. et dem.* (35). 1.)

(31) L. un. § 11. C. *de cad toll.* (6. 51.). Nei tempi più antichi non troviamo ciò se non quando un legatario veniva a mancare per cagione d' indegnità, ed in alcuni altri casi speciali. Confr. L. 9. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(32) V. sopra § 348. Nota 20. 28. § 351. Nota 12.

(33) L. 50. § 2. D. *de legat.* I. (30.) V. § 304.

(34) L. 1 pr. § 6. 11. D. *si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem* (29. 4.)

accettar l' eredità in qualità di eredi intestati (35), o quando è stato istituito lo schiavo o il *filius familias* di un erede intestato, e questi proibisce a colui di accettare, per divenire erede egli medesimo (36). Ma questa cosa istessa può aver luogo anche in altri casi somiglianti, come quando gli eredi testamentarii han riscosso dagli eredi intestati un pagamento in prezzo della rinunzia, affinchè questi ultimi vengano alla eredità e per lo meno si prendano ciò che altrimenti sarebbe spettato ai legatarii, nel qual caso son tenuti così gli eredi testamentarii come gli intestati (37); ovvero allorchè gli eredi testamentarii per amicizia cogli eredi intestati rinunziano per far cadere i legati a beneficio di costoro, nel qual caso i legatarii non si possono rivolgere chè contro gli eredi intestati, come quelli che solamente se ne sono arricchiti (38). Parimente allorchè un legatario gravato anch' egli di legati dolosamente fa in modo che il testamento divenga destituto, è tenuto a dare il valore dei legati (39). Del resto è indifferente se lo stesso erede che ha commesso il dolo possegga tuttora l'eredità, o l'abbia venduta, o siasi maliziosamente spogliato del possesso (40). Ma in tutte le circostanze è sempre mestieri che vi sia intervenuto il dolo (41), anzi questo neppur nuoce quando il testatore abbia espressamente permesso ai suoi eredi intestati istituiti di poter accettare anche come eredi intestati, la qual permissione però non si può dedurre da ciò solo che avesse loro imposto dei legati speciali pel caso della successione intestata (42). Se un tutore commette siffatto dolo pel suo pupillo, anche questi è tenuto, in quanto se ne sia arricchito (43); ma se un padre commette questo dolo pei figliuoli, che sono sotto la sua potestà, allora è responsabile egli medesimo (44). I legatarii, che essi medesimi si son resi colpevoli di un dolo di tal fatta, perdono il dritto ad essere ristorati del danno (45), e nei legati condizionali naturalmente è mestieri che siasi verificata la condizione prima che si possa richiedere l' indennità (46).

(35) L. 1. pr. § 8. 9. L. 6. § 9. L. 23. D. *eod.*
(36) L. 1. § 1. 4. D. *eod.*
(37) L. 1. § 13. L. 2. L. 3. D. *eod.*
(38) L. 4. pr. § 1. D. *eod.*
(39) L. 4. § 2. D. *eod.*
(40) L. 1. § 10-12. L. 4. § 3. D. *eod.*
(41) L. 5. L. 6. § 3. L. 30. D. *eod.* L. 77. § 31. D. *de legat.* II. (31.)
(42) L. 6. pr. § 1. 2. D. *si quis omissa causa test.* (29. 4.).
(43) L. 24. § 1. D. *eod.*
(44) L. 21. D. *eod.*
(45) L. 7. D. *eod.*
(46) L. 6. § 10. L. 8. L. 9. D. *eod.*

2) *Onorato.*

§ 372. La idoneità di essere legatario o fedecommessario ora è generalmente subordinata alle medesime condizioni, che la idoneità di essere istituito erede, imperocchè l' antica larghezza e libertà dei fedecommessi, per questo riguardo è interamente cessata (1). Formano una eccezione i legati che hanno per iscopo l' immediata soddisfazione dei bisogni naturali dell'onorato, come il *legatum alimentorum*, *habitationis* ed *operarum*, giacchè questi possono lasciarsi anche a coloro che sono stati condannati alla deportazione o ai lavori pubblici (2). Nondimeno ora può in un certo senso allegarsi anche come eccezione, che i testimoni del testamento possono ricever dei legati, mentre la loro istituzione come eredi li rende incapaci a far da testimoni, e quindi rende nullo il testamento (3). A cagione dell' unità della persona non possono, secondo l'antica regola, ottener legati coloro, nella cui potestà trovasi il gravato, e coloro che stanno sotto la potestà del medesimo, e almeno non possono ottenerli che quando il legato sia stato ordinato condizionalmente pel caso della liberazione dalla potestà del gravato (4). Ma da che i figliuoli sotto la potestà patria acquistano tutto per sè medesimi, l'antico principio deve cessare interamente per essi. I legati fatti a persone incapaci sono invalidi (5). Ma se il gravato abbia promesso al testatore di adempire un siffatto legato, nel qual caso vien chiamato un *fideicommissum tacitum*, allora in pena del gravato diventa valido nel senso, che debba pagarlo al Fisco (6), nel qual caso, secondo un *Sctum Plancianum* (7) non può neppure ritenere la quarta Falcidia (8). Può anche un legato esser dato a più persone insieme, che

(1) V. § 318.

(2) L. 16. D. *de interd. et rel.* (48. 22.) L. 3. pr. § 1. D. *de his quae pro non script. hab.* (34. 8.) L. 11. D. *de alim. leg.* (34. 1.) L. 2. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 2. D. *de operis serv.* (7. 7.)

(3) § 11. J. *de test. ord.* (2. 19.) L. 16. § 1. C. *de testam.* (6. 23.) V. § 320.

(4) Ulp. XXIV. 23. 24.; L. 50. L. 16. § 11. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Confr. con L. 42. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 5. § 7. D. *quando dies* (36. 2.)

(5) L. 1. L. 3. L. 4. D. *de his quae pro non script. hab.* (34. 8.)

(6) L. 103. D. *de legat.* I. (30.) L. 10. L. 11. L. 18. § 1. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 3. pr. § 3. 4. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 17. § 2. D. *de usur.* (22. 1.) L. 1. C. *de delator.* (10. 11.)

(7) La mia St. § 104.

(8) L. 59. § 1. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 3. C. *eod.* (6. 50.) L. 11. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) Ulp. XXV. 17.)

allora chiamansi collegatarii s. *legatarii conjuncti*, e del pari che gli eredi congiunti si distinguono in *re conjuncti* semplicemente, ed in *re et verbis conjuncti*, secondo che la loro chiamata al medesimo legato sia espressamente pronunziata, o sia fatta nota per la loro congiunzione nella medesima proposizione (9). I *re et verbis conjuncti* sono anche in preferenza detti *conjuncti*, ed allora i semplici *re conjuncti* si oppongono ai medesimi come *disjuncti* s. *legatarii separati* (10), pei quali conseguentemente non si possono intendere coloro che debbono avere diversi oggetti quantunque della medesima specie, e quindi dei legati interamente distinti, e che per conseguenza non stanno fra loro in alcuna congiunzione reale, anche quando sieno stati nominati nella stessa proposizione, e perciò sieno *verbis conjuncti* (11). Ma per rispetto ai collegatarii debbonsi anche distinguere più casi:

1.° Egli può avvenire che a più persone debba darsi la medesima cosa, ma da diversi gravati, nel qual caso ciascuno può chiedere dal suo gravato che gli dia la cosa, o se nol può, gli paghi il valore, ed è affatto indipendente da ciò, se l' altro legatario manchi o rimanga, la qual cosa a lui non giova nè nuoce (12).

2.° Ancora allorchè molti debbano avere la medesima cosa dai medesimi gravati può essersi disposto, che ciascuno debba avere il legato intero, nel qual caso ad uno si dee dar la cosa, ed a ciascuno degli altri il valore; laonde anche qui per quei che rimangono è indifferente per se stesso se alcuno dei legatarii manchi o no, essendochè essi ricevono sempre la stessa quantità (13). Ma quando si avesse a presumere nel testatore una tale intenzione di dare a ciascuno l'intero, anticamente pei legati ciò dipendeva dalla formola che erasi adoperata, giacchè nel *legatum vindicationis* e *praeceptionis* i collegatarii sempre non ottenevano che una parte secondo il loro numero (14), nel *legatum damna-*

(9) L. 80. L. 89. D. *de legat.* III. (32.) L. 142. D. *de V. S.* (50. 16) L. un. § 11. C. *de cad. toll.* (6.51.)

(10) § 8. J. *de legat* (2. 20.) L. un. § 11. C. cit. Caj. II. 199. L. 33. D. *de legat.* I. (30.). La disgiunzione qui si riferisce alla chiamata in diverse proposizioni, non già all' oggetto del legato. Naturalmente possono incontrarsi relativamente al medesimo legato e *conjuncti* e *disjuncti* L. 34. pr. D. *eod.* L. 89. D. *de legat.* III. (32.)

(11) L. 84. § 12. D. *de legat.* I. (30.). Non si oppone L. 89. D. *de legat.* III. (32.) V. Nota 20.

(12) L. 11. L. 12. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.) L. 53. § 2. D. *de legatis* I. (30.)

(13) Intanto qui il mancare di alcuni può mediatamente giovare agli altri, quando il gravato dovendo soddisfar tutti avrebbe potuto fare una deduzione per cagione della quarta Falcidia.

(14) Caj. II. 199. 223.; Ulp. XXIV. 12.; L. 33. L. 84. § 8. D. *de legat.* I. (30.)

tionis al contrario i collegatarii disgiunti poteano ciascuno richieder tutto l'ammontare del legato (15), e nel *legatum sinendi modo* era controverso se i *disjuncti* avessero il medesimo dritto, o se invece dovesse decidere l'anteriorità del prendere, e quindi colui che fosse il primo a far valere il legato escludesse gli altri (16). Non è noto qual sistema si fosse seguito in questo rapporto dopo l'abolizione delle antiche formole dei legati, e nei fedecommessi; nondimeno si può appena dubitare che ai *fideicommissarii disjuncti* fin da principio non si fosse attribuito che un semplice dritto ad una parte, e che ciò si fosse anche seguito più tardi pei legati, cosicchè non è da riguardarsi che come una conferma di ciò che di già era in uso, quando Giustiniano dispose che non si dovesse mai ammettere un dritto solidale dei collegatarii se non quando ciò si fosse espressamente ordinato dal testatore (17), e che non si dovesse far distinzione se ad uno dei collegatarii la cosa fosse stata legata più volte, e ad un altro una sola volta (18).

3.° Quando per un legato da soddisfarsi dai medesimi gravati vi sieno più collegatarii, i quali non debbono aver ciascuno l'intero, se mancano alcuni, è da esaminare se il testatore abbia determinato le loro porzioni (19). 1) Se sia indicata la porzione di ciascuno, allora si ritiene che il testatore a ciascuno non abbia voluto dare più che la sua parte, e però le porzioni dei mancanti non si accrescono ai collegatarii, ma rimangono ai gravati (20), anche quando la determinazione delle parti non si fosse fatta che indirettamente (21), e ciò fu osservato in ogni tempo (22). 2) Per contrario se il testatore non ha nulla stabilito sulle

(15) Caj. II. 205. 206.; Ulp. XXIV. 13.; L. 82. § 5. D. *eod.* L. 13. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 80. D *de legat.* III. (32.)

(16) Caj. II. 215., L. 14. D. *de usu legato* (33. 2.)

(17) L. un. § 11. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(18) L. 23. § 1. C. *de legat.* (6. 37.)

(19) *Rossberger* de jure accrescendi p. 78-97. *Schneider* il dritto di accrescimento nei legati secondo il dritto civile antico, e secondo il dritto di Giustiniano. Berlino 1837. 8.

(20) L. 1. pr. § 3. L. 11. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.) L. 2. pr. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 89. D. *de legat.* III. (32.) L. 78. § 10. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Siccome Paolo medesimo nella L. 89. D. cit. riconosce che la determinazione delle parti esclude il *jus accrescendi*, così può essere stata soltanto una smemorataggine, quando egli nella clausola finale attribuisce il *jus accrescendi* anche ai semplici *verbis conjuncti*, i quali si trovano sibbene nella medesima proposizione, ma son chiamati a legati interamente diversi.

(21) L. 1. § 4. L. 2. L. 3. pr. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.)

(22) La caducità introdotta dalla *lex Papia Poppaea* (Nota 27.) si riferiva solo al caso, in cui le parti non fossero state determinate.

porzioni, cosicchè i collegatarii si limitano a vicenda per la loro concorrenza, allora anche quì come pei coeredi dee aver luogo il *jus accrescendi*. Il dritto civile antico facea la seguente distinzione: A. nel *legatum vindicationis* e *praeceptionis*, in cui i collegatarii sia *conjuncti* sia *disjuncti* sempre non conseguivano che una parte, ove il testatore non avea determinato le parti, avea sempre luogo il *jus accrescendi* (23), nel che intanto quando al medesimo legato eran chiamati insieme e *conjuncti* e *disjuncti*, ed uno dei *conjuncti* mancava, gli altri *conjuncti* erano preferiti ai *disjuncti*, ma non viceversa (24) B. Nel *legatum damnationis* e *sinendi modo* in generale non potea esser quistione di accrescimento che pei collegatarii *conjuncti*, imperocchè tutti quanti i *disjuncti* o conseguivano interamente il legato o nol conseguivano punto (25); ma anche tra gli stessi congiunti l'accrescimento non era ammesso, ed invece il gravato riteneva ciò che i mancanti avrebbero dovuto conseguire, nel modo stesso che quando le parti eran determinate (26). La *lex Papia Poppaea* cambiò questi principii col dichiarare generalmente caduca la parte di un legato spettante al mancante, e per conseguenza anche nei legati per *vindicationem* e per *praeceptionem* si tolse via il dritto di accrescimento (27), e questa prescrizione applicata anche ai fedecommessi rimase finchè Giustiniano non tolse la caducità, ed in questa occasione dispose, che dovesse aver luogo il dritto di accrescimento fra tutti coloro che eran chiamati al medesimo legato, senza determinazione della loro parte, e senza disposizione di solidalità, non dovendosi por mente se venissero come *conjuncti* o come *disjuncti*, il che però non dovea aver luogo che quando i collegatari volessero ottenere la porzione vacante, che allora doveano accettare con tutt'i pesi (28). Quando insieme coi legatarii con porzioni determinate ne erano nominati degli altri senza indicazione di parte, per ciò che rimaneva, il dritto di accrescimento, secondo le predette regole, non potea aver luogo che tra questi ultimi; mentre al contrario quando a questi ultimi era legata tutta

(23) Caj. II. 199.; Ulp. XXIV. 12.; L. 1. pr. § 3. L. 3. pr. D. *de usufr. accresc.* (7.2.) L. 3. § 1. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 33. L. 34. § 11. 12. D. *de legat.* I. (30.) L. 89. D. *de legat.* III. (32.)

(24) L 89. D. cit. L. 34. pr. D. *de legat.* I. (30.)

(25) V. Nota 15. e 16.

(26) Caj. II. 206.; Ulp. XXIV. 13. Non si oppone L. 80. D. *de legat.* III. (32.), la quale parla semplicemente della divisione, ma non tocca il caso quando uno dei legatarii veniva a mancare.

(27) Caj. II. 206. 207.; Ulp. XXIV. 12.; L. 7. D. *de legat.* II. (31.)

(28) L. un. § 11. C. *de cad. toll.* (6. 51.) § 8. J. *de legatis*. (2. 20.). Naturalmente non è più a quistionarsi della preferenza dei *conjuncti* menzionata nella Nota 24.

la cosa, il dritto di accrescimento contro le ordinarie regole avea luogo per tutti (29) 4). Sul caso inverso quando da prima alcuno era nominato per l'intero, e di poi un altro per una parte del legato, era quistione tra i Giureconsulti Romani, ma secondo la decisione di Giustiniano, la cosa si dee riguardare come se anche il primo non fosse nominato che per la parte che rimane dall' altro (30).

4.° Da ultimo se ad un medesimo legato uno sia chiamato senza condizione, ed un altro con condizione, quegli provvisoriamente l'ottiene egli solo, e lo ritiene anche per intero, se la condizione viene a mancare per l'altro, anche quando fosse stata determinata la parte, che il nominato condizionalmente dovea avere (31). Ma in tutt' i casi l'accrescimento presuppone, che non vi sia alcuno, il quale abbia il dritto di entrare nel luogo del legatario mancante. Un siffatto dritto per legge non s'incontra che in tre casi, cioè quando concorrono le condizioni della *transmissio Theodosiana* (32), quando il legatario è divenuto indegno di succedere (33), e prima di Giustiniano eziandio quando avea luogo la caducità del legato (34). Intanto il testatore può sempre nominare dei sostituti (35). Il dritto civile antico riconosceva per verità solo una sostituzione volgare, ma per cagione dei fedecommessi, divenne possibile anche una sostituzione di altra specie, imperocchè siccome da indi in poi si potè imporre un fedecommesso non solo a ciascuno che avea ottenuto un legato, ma anche ai futuri eredi dei successori (36), così il testatore potè anche ordinare che un legato alla morte dell'onorato o in qualsivoglia altro tempo si desse ad un altro, anzi egli potè prescrivere una moltiplice o anche una perpetua successione di questa specie nel legato, nel qual caso ogni possessore attuale non godeva che degli utili del legato e ne avea soltanto il godimento. I più frequenti sotto questo rapporto sono i fedecommessi di famiglia, i quali in una famiglia debbono passa-

(29) L. 41. pr. D. *de legat*. II. (31.). Il testo parla in vero di un *legatum vindicationis*, ma i principii, che Giustiniano elevò a regola generale, non sono propriamente che i principii che valevano per questo legato.

(30) L. 23. pr. C. *de legat*. (6. 37.)

(31) L. 16. § 2. L. 53. § 1. D. *de legat*. I. (30.) L. 6. § 1. L. 7. L. 8. pr. D. *de reb. dub*. (34. 5.) L. 30. D. *de cond. et dem*. (35. 1.) L. 1. § 9. D. *ad Sct. Treb*. (36. 1.)

(32) L. un. C. *de his qui ante apert. tab*. (6. 52.) V. § 368.

(33) V. § 384.

(34) V. § 383.

(35) L. 50. pr. L. 64. L. 77. § 32. D. *de legat*. II. (31.) L. 10. § 1. D. *de adim leg*. (34. 4.) Nov. 1. c. 4.

(36) V. § 371. Nota 9. 10. 16.

re da una generazione all'altra (37). In tal caso, se il testatore non abbia stabilito chi si debba annoverar tra la famiglia, ed in qual ordine si debba succedere, allora si annoverano nella famiglia tutt'i parenti che si trovano vivi alla sua morte e i loro discendenti, i suoi generi e le nuore, e i liberti (38), ed ogni attuale possessore del fedecommesso può stabilire qual membro della famiglia debba dopo la sua morte entrare nel suo luogo (39), colla semplice restrizione introdotta da Giustiniano, che i generi e le nuore non possono essere scelti a successori nel fedecommesso, che in mancanza di parenti, ed i liberti soltanto in ultimo luogo (40), e se un possessore non abbia nominato alcun successore, o abbia designato dei successori inammessibili, allora decide sulla successione la prossimità del grado di parentela (41). Gli oggetti di un fedecommesso di famiglia, quando sia neccessario pel pagamento dei debiti ereditarii, possono del pari che le altre cose legate essere alienate senza restrizione alcuna (42), ma fuori di questo caso vi si richiede il consenso di tutt'i membri esistenti nella famiglia (43). Colla morte dell'ultimo membro della famiglia, cui compete il dritto di successione, si estingue, come da sè s'intende, il legato, ed il suo oggetto si trasforma in libero patrimonio dell'ultimo possessore (44), e Giustiniano ha oltre a ciò disposto, che ogni fedecommesso familiare si estingua nella quarta generazione, e quindi debba sempre diventar libero patrimonio del quarto possessore (45). I legati, che sono lasciati ad uno di più coeredi insieme colla sua quota ereditaria, hanno parecchie particolarità:

1.° In quanto questi legati si debbano soddisfare da altri coeredi, o da legatarii o fedecommessarii non si prende generalmente in conside-

(37) L. 114. § 14-17. D. *de legat.* I. (30.) L. 32. § 6. L. 67. pr. § 1-6. L. 69. § 3. 4. L. 77. § 27. 28. L. 78. § 3. D. *de legat.* II. (31.) L. 38. pr. D. *de leg.* III. (32.) L. 5. C. *de V. S.* (6. 38.) Nov. 159.

(38) L. 32. § 6. L. 69. § 4. D. *de legat.* II. (31.) L. 5. C. *de V. S.* (6. 38.) Non si contiene alcuna contradizione per rispetto ai manomessi nella L. 83. § 1. D. *de legat.* III. (32.)

(39) L. 114. § 17. 18. D. *de legat.* I. (30.) L. 67. pr. § 2. D. *de legat.* II. (31.) L. 57. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(40) L. 5. C. *de V. S.* (6. 38.)

(41) L. 69. § 3. D. *de legat.* II. (31.) L. 114. § 15. 16. D. *de legat.* I. (30.)

(42) L. 38. pr. D. *de legat.* III. (32.)

(43) L. 114. § 16. D. *de legat.* I. (30.) L. 69. § 3. D. *de legat.* II. (31.) Conf. con L. 77. § 27. D. *eod.* L. 120. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. C. *de fideicom.* (6. 42.)

(44) L. 78. § 3. D. *de legat.* II. (31.)

(45) Nov. 159. c. 2. 3.

razione la circostanza che l'onorato sia egli medesimo anche erede; intanto ha luogo una eccezione allorchè dei coeredi reciprocamente si debbono prestare dei legati, giacchè questi fino alla loro reciproca concorrenza non sono computati nella deduzione della quarta falcidia (46), ed in ciò anche quello che uno dà all' altro *implendae conditionis causa* viene assomigliato ad un legato (47).

2.° Ma quando il legato è, un prelegato, che un erede dee avere per anteparte dall'eredità, allora la cosa in alcuni rapporti va molto diversamente (48). 1) Nel prelegato tutt' i coeredi si ritengono come gravati a parti proporzionate, anche lo stesso prelegatario (49). Nondimeno, perchè vien riguardato come cosa contraria al buon senso, che alcuno dia a sè medesimo un legato, così non vale come vero legato se non la parte, che dee soddisfarsi dai coeredi, mentre al contrario la parte, che lo stesso prelegatario dee contribuire, non ha alcun valore, è *inutile legatum*. Per verità egli per regola ritiene anche questa parte, ma solo come una parte della sua quota ereditaria, il che può esser d' importanza pel computo della quarta falcidia, ed anche in parecchi altri rapporti (50); ma se a lui è aggiunto un collegatario, la parte invalida si accresce a costui (51). 2) Il dritto di pegno che colpisce le cose prelegate dee sciogliersi a spese dell'eredità (52), e 3) per far valere il legato compete al prelegatario l' *actio familiae herciscundae* (53). 4)

(46) L. 78. pr. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 22. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 58. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 24. C. *fam. herc.* (3. 36.). Intorno all'applicazione di questo principio nei fedecommessi universali contenuto in questo ultimo passo veggasi § 373. Nota.

(47) L. 91. in fine D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 63. § 5. 6. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(48) *Nieto* tract. de praelegatis in *Meermanni* Thes. T. VII. p. 645. seg.; *Pfeiffer* Diss. de praelegatis Marburgi 1798. 4.; *Claussen* nel giornale giuridico di Schleswig-Holstein-Lauenburg della società degli Avvocati Anno 1845. p. 146. seg.

(49) L. 104. § 3-5. D. *de legat.* I. (30.) L. 25. § 22. L. 26. L. 28. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(50) L. 116. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. § 6. D. *quod legator.* (43. 2.) L. 74. L. 86. L. 91. *D. ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 18. § 3. D. *ad sct. Treb.* (36. 1.). Non si oppongono L. 34. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 18. § 2. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.), e che il prelegatario nella misura della quantità della sua quota ereditaria per rapporto ai debiti dell'eredità possa dedurre la porzione del prelegato che a lui stesso è ricaduta non si rileva dalla L. 1. C. *si cert. pet.* (4. 2.) L. 34. § 3. *de legat.* III (32.). Di altra opinione è *Claussen* l. c. p. 173. seg.

(51) L. 34. § 11. 12. D. *de legat*, I. (30.). L'esatta lezione nel § 12. è *unciarium heredem*, e non già *unciarum heredem* Confr. anche L. 49. pr. D. *ad leg. Falc.* (35 2.)

(52) L. 28. L. 33. D. *fam. herc.* (10.2.) Caj. II. 220.)

(53) V. § 358. Nota 68.

Se una cosa prelegata viene evinta, il prelegatario non ha alcun dritto alla prestazione dell'evizione, se non quando anche egli dee contribuire ai prelegati fatti agli altri coeredi, nel qual caso egli può ritenere ciò che dovrebbe contribuire, se gli altri non vogliono prestargli alcun risarcimento (54). I collegatarii nel dubbio conseguiscono parti eguali nel prelegato, senza porsi mente alla quantità della loro quota ereditaria (55). Per la rinunzia dell' eredità il prelegato non va perduto più che se il prelegatario per altre ragioni non divenisse erede (56); ma la rivoca del legato da parte del testatore, siccome nei legati basta qualunque dichiarazione del mutamento della volontà, estingue il prelegato, anche quando non concorrano i requisiti necessarii alla rivoca di una istituzione di erede (57), e se il testamento è rescisso, non giova al prelegatario, che egli venga pure a succedere come erede intestato (58).

Limitazione dei legati.

§ 373. Per regola niuno è tenuto a soddisfare i legati al di là di ciò che trova nella successione, sulla quale questo peso è imposto (1), il che suolsi esprimere con la frase che niuno possa essere onerato più di quel che è onorato. Per conseguenza allorchè i legati, che un gravato dee soddisfare oltrepassano quell'ammontare, debbonsi tutt'insieme ridurre proporzionatamente di tanto quanto il bisogno richiede (2), nel

(54) L. 77. § 8. D. *de legat.* II. (31.)

(55) L. 67. § 1. L. 101. § 5. D. *de legat.* I. (31.) L. 34. § 1. D. *de usu legato* (33. 2.) *Claussen* l. c. § 10.

(56) L. 87. D. *de legat.* I. (30.) L. 75. § 1. D. *de legat* II. (31.). Nell'ultimo passo non si vede altro che una espressione inconsiderata, o piuttosto erronea. quando si dice che il prelegato sussiste per quel che i coeredi dovrebbero soddisfare; imperocchè gli altri eredi hanno certamente *iure accrescendi* tutta intera l' eredità, e per conseguenza danno anche tutto il legato sulle loro quale ereditarie.

(57) L. 22. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 12. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(58) L. 22. D. *de legat. praest.* (37. 5.) L. 76. pr. D. *de legat.* II. (31.). Ciò naturalmente patisce un'eccezione nel caso in cui i legati, non ostante la rescissione del testamento, debbano rimanere, come avviene per l' invalidamento del testamento da parte degli eredi legittimarii, secondo la Nov. 115.

(1) § 1. J. *de sing. reb. per fideic. rel.* (2. 24.) L. 41. § 3. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.) L. 114. § 3. L. 122. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 70. § 1. L. 77. § 31. D. *de legat.* II. (31.) L. 11. § 5. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 1. § 17. 18. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(2) L. 18. § 1. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 80. D. *de legat.* I. 30.) L. 70. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 73. § 5. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

che non si fa eccezione neppure pei legati alle Chiese o agli Stabilimenti pii (3), e da quell'ammontare si deduce ancora ciò che il gravato secondo la volontà del testatore ha dovuto pagare per la successione (4), ed in generale ciò che la successione gli ha costato senza sua colpa (5), e se egli è un legittimario, anche ciò che gli appartiene come legittima (6). Ma han luogo dei principii alquanto diversi, quando sono stati gravati gli eredi, senza distinzione se sieno intestati o testamentari. Imperocchè:

1.° Se un erede abbia accettato senza il beneficio dell'inventario, secondo la prescrizione di Giustiniano egli è tenuto assolutamente e senza diminuzione pei legati non altramente che pei debiti sul suo proprio patrimonio (7).

2.° Ma se abbia fatto uso di quel benefizio di dritto, nel qual caso si applica nuovamente il dritto antico, allora 1) per determinare quanto egli possa prestare pei legati senza rimetter del suo, si riguarda lo stato dell'eredità alla morte del testatore, cosicchè le posteriori diminuzioni e gli accrescimenti vanno a suo solo vantaggio o danno (8). Da questo stato del patrimonio si deducono dipoi A. i dritti di patrimonio estinti colla morte del testatore (9), B. i debiti ereditarii, per quanto l'erede vi sia per legge tenuto, o per disposizione del testatore ne sia stato incaricato (10), C. le spese funebri per le esequie del testatore, ma non già anche per un monumento volontariamente erettogli (11), D. le spese della successione (12), tra le quali però qui non si dee più annoverare ciò che l'erede debba dare *implendae conditionis causa* (13), e

(3) Non si oppone la Nov. 131. c. 12; la quale dispensa soltanto questi legati dalla deduzione della quarta falcidia, e ciò sotto alcune condizioni.

(4) L. 122. § 2. D. *de legat.* I. (30.). Per gli eredi ciò attualmente è diverso V. Nota 13.

(5) V. Nota 12.

(6) V. § 349. Nota 25. Non ostante la Nov. 115. ciò può anche incontrarsi pei legatarii, allorchè questi spontaneamente si contentano di un legato come porzione legittima.

(7) L. 22. § 12. 14. C. *de jure delib.* (6. 30.) Nov. 1. c. 2. V. § 357.

(8) § 2. J. *de lege Falcid.* (2. 22.) L. 3. pr. § 1. L. 9. pr. L. 30. § 2-4. L. 56. pr. L. 73. pr. D. *eod.* Nondimeno l'erede dee computare a vantaggio dei legatarii le cose che al tempo della morte erano perdute, ma di poi furono ricuperate L. 43. D. *eod.*

(9) L. 82. pr. § 1. D. *eod.*

(10) Paul. S. R. IV. 5. § 6.; L. 104. § 7. D. *de legat.* I. (30.) L. 9. L. 53. § 6. D. *de legat.* II. (31.) L. 8. L. 69. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 6. L. 16. C. *eod.* (6. 50.) § 3. J. *eod.*

(11) § 3. J. cit. L. 1. § 19. D. *eod.* L. 14. § 3. D. *de relig.* (11. 7.) Paul. l. c.

(12) L. 72. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 22. § 9. C. *de jure delib.* (6. 30.)

(13) La L. 122. § 2. D. *de legat.* I. (30.) fu mutata per gli eredi dalla L. 18. C. *ad leg. falc.* (6. 50.) V. Nota 55.

E. il valore degli schiavi manomessi per testamento, o per altra cagione divenuti liberi in seguito della morte del testatore (14). E qui, per rapporto ai crediti e debiti proprii dell'erede verso la massa, non si dee far conto della confusione avvenuta (15), e tutto si dee stimare secondo il suo vero valore (16), la qual cosa per le obbligazioni può tornar molto difficile. Le obbligazioni condizionali o sono da valutarsi secondo il possibile prezzo di vendita, o si debbono provvisoriamente mettere da banda, nel qual caso, se la condizione si verifica, divien necessario un computo novello (17), ma le obbligazioni aggiornate si debbono computare immediatamente con la deduzione dell' *interusurium* (18). Le obbligazioni correali, se i correi sieno soci, si dividono in porzioni virili secondo il loro numero, altrimenti si trattano come obbligazioni condizionali (19). Delle semplici obbligazioni naturali non si tien conto se non quando si possono far valere per via di compensazione (20); e i crediti non sicuri non si stimano che pel loro probabile valore (21), salvo quando l'erede medesimo sia il debitore (22), o quando ad un debitore siasi legata la rimessione del debito (23). Dopo che si è stabilito a questo modo l'ammontare del patrimonio disponibile pei legati, 2) l'erede ha il dritto di dedurne un quarto, come quarta falcidia (24), salvo se egli avesse tentato di occultare o di sottrarre qualche parte dell'eredità a danno dei legatarii, nel qual caso per pena può ritenere la quarta solo sul rimanente e non già sul patrimonio occultato (25). I principii intorno a ciò sono più convenientemente svolti nella risoluzione delle seguenti quistioni. 1) *Chi può dedurre la quarta falcidia?* I gravati diversi dall'erede, e gli stessi fedecommessarii uni-

(14) L. 104. § 7, D. *de legat.* I. (30.) L. 9. D. *de legat.* II. (31.) L. 39. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) § 3. J. *eod.* Paul. l. c. Confr. § 125. n. II.

(15) L. 1. § 18. L. 87. § 2. D. *eod.* L. 6. pr. C. *eod.* L. 41. § 2. D. *de evict.* (21. 2.)

(16) L. 42. L. 62. § 1. L. 63. pr. § 2. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(17) L. 56. § 1. L. 73. § 1. L. 76. pr. D. *eod.*

(18) L. 66. pr. L. 73. § 4. D. *eod.*

(19) L. 62. pr. D. *eod.* La ragione è che soltanto nel caso della società ricade sicuramente una porzione virile a ciascun *correus*, ma in altro caso al contrario può spettare o tutto per intero, o nulla.

(20) L. 1. § 17. L. 21. pr. L. 56. § 2. D. *eod.*

(21) L. 56. § 1. L. 63. § 1. L. 82. D. *eod.*

(22) L. 56. pr. § 1. D. *eod.*

(23) L. 22. § 3. L. 82. D. *eod.*

(24) Pr. § 1. 3. J. *eod.* L. 1. pr. § 13. L. 11. § 5. L. 18. pr. L. 71. D. *eod.*

(25) L. 24. pr. L. 68. § 1. D. *eod.* L. 6. L. 9. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

versali non hanno alcun dritto a questa quarta (26), ma soltanto, se ad essi sia stata dall'erede detratta qualche cosa, o avrebbe potuto esser detratta, allora secondo la misura di questa deduzione avvenuta o rimessa, possono anch'essi proporzionatamente diminuire i legati, che essi stessi debbono soddisfare (27), nondimeno ciò non si può nei legati annui (28), e nel legato della libertà (29). Per contrario gli eredi di ogni specie hanno il dritto a ritenere la quarta. In verità la *lex falcidia* riguardava soltanto gli eredi testamentarii, perchè allora solo costoro poteano essere gravati (30), e l'estensione della quarta falcidia ai fedecommessi introdotta dal *Sctum Pegasianum* (31) dovè riguardare del pari solamente la successione testamentaria, imperocchè Antonino il Pio fu il primo a concedere anche agli eredi intestati la deduzione della quarta dai fedecommessi loro imposti (32). Ma ora per questa ampliazione tutti gli eredi hanno ottenuto un dritto alla quarta, non escluso il Sovrano, sebbene gl'Imperadori Romani come eredi non solessero fare alcuna deduzione (33). Solo non ha luogo la deduzione della quarta nella successione dei soldati (34), o quando l'erede gravato di un fedecommesso universale si è lasciato costringere ad accettare (35), e, secondo la disposizione di Giustiniano, anche quando il testatore l'abbia vietata (36), mentre da prima ogni disposizione che si opponeva alla *lex falcidia* era nulla (37). Godono a questo riguardo dello stesso dritto che gli eredi anche coloro che son subentrati in luogo di un erede (38), anche il compratore dell'eredi-

(26) L. 47. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 22. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Intanto il fedecommessario universale può talvolta far la deduzione in luogo dell'erede L. 1. § 19. L. 3. pr. L. 55. § 2. L. 63. § 11. D. *eod.* V. § 388. Nota 104.

(27) L. 32. § 4. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 63. § 11. 12. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.).

(28) L. 21. § 1. D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 25. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(29) L. 97. D. *de legat.* I. (30.)

(30) V. § 311.

(31) V. § 312. Nota 34.

(32) L. 18. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) Confr. L. 6. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(33) L. 30. § 4. 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(34) L. 18. pr. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 17. L. 92. L. 96. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 7. C. *eod.* (6. 50.)

(35) L. 4. L. 14. § 4. L. 27. § 14. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(36) Nov. 1. c. 2. § 2.

(37) L. 81. § 4. D. *de legat.* I. (30.) L. 15. § 1. 8. L. 27. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 11. C. *eod.*

(38) V. § 368. e L. 2. § 2. D. *si quis aliquem testari prohib. vel coeg.* (28. 6. L. 3. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

tà (39). Nel caso che vi siano più eredi, ciascuno può computare la quarta sulla sua parte ereditaria, senza riguardare se e fino a qual punto gli altri siano gravati o no (40), e se più eredi disugualmente gravati debbono contribuire ad un legato, allora uno non è tenuto di rifondere ciò che l'altro deduce (41). Se un erede è nel tempo stesso legittimario, allora per verità può sempre dedurre o la quarta falcidia, o la legittima, secondochè questa o quella sia più vantaggiosa, ma non può fare una doppia deduzione (42), ma se un erede per dritto di accrescimento, sostituzione, trasmissione etc. possegga più quote ereditarie, che siano diversamente gravate, allora queste per rispetto alla quarta talvolta son riguardate come un tutto, talvolta no. A. Si riguardano come un tutto: a. quando un erede condizionalmente o senza condizione è stato istituito in più porzioni (43), al che si riferisce anche il caso che egli insieme colla sua quota ereditaria ne ottenga una seconda per effetto di una sostituzione volgare, o che alcuno come sostituto volgare entri in luogo di più eredi (44); b. quando alcuno nominato sostituto pupillare di più figliuoli del testatore sia succeduto a costoro (45), ed in certo senso anche c. quando sieno stati imposti dei legati così al sostituto pupillare come al figliuolo cui è sostituito, nel qual caso, se egli perviene alla successione, può e deve riguardar tutti questi legati come imposti a lui, e quindi fare la deduzione della quarta, anche quando il pupillo medesimo abbia di già soddisfatti quelli che a lui erano imposti (46). B. Per contrario l'erede è tenuto a compensare la deduzione che dee fare nella sua propria porzione ereditaria col sopravvanzo della porzione, che gli si viene ad aggiungere, ma non già viceversa anche la deduzione che per quest'ultima si dovesse fare, col sopravvanzo della sua propria porzione, quando a. un erede del testatore sia succeduto in qualità di sostituto pupillare ad un figliuolo insieme con lui istituito erede (47), o b. ad un erede sieno accresciute le

(39) L. 71. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)
(40) L. 77. L. 80. pr. D. *eod.* § 1. J. *eod.*
(41) L. 33. pr. D. *de legat.* II. (31.)
(42) Paul. S. R. IV. 5. § 5. L. 8. § 9, 11. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 32. C. *eod.* (3. 28.). Il dritto canonico ha mutato ciò cap. 16. 18. X. *de testam.* (3. 26.)
(43) L. 1. § 13. L. 11. § 7. L. 87. § 3. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(44) L. 1. § 13. L. 87. § 4. D. *eod.*
(45) L. 14. § 2. D. *eod.*
(46) L. 11. § 5. 7. L. 31. L. 79. L. 80. pr. D. *eod.* L. 1. § 2. D. *si cui plusquam per leg. falc.* (35. 3.) *Stemann* Sul computo della quarta falcidia pei sostituti nel seguito della Temi di *Elvers* vol. I. n. 10.
(47) L. 11. § 5. 7. L. 87. § 4. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

quote ereditarie di altri eredi, sebbene su questo punto i Sabiniani fossero stati per qualche tempo di opinione diversa (48), o c. un erede abbia nella sua potestà un coerede, e per tal modo acquisti anche la porzione di costui (49). C. Chi poi posteriormente è divenuto erede o altramente successore universale di un coerede, per rispetto alla quarta può interamente separare le due quote ereditarie (50), e questo principio deve applicarsi ogni volta che un erede viene per trasmissione anche nel luogo di un suo coerede, imperocchè egli allora del pari prende il posto del coerede per una ragione indipendente dal suo proprio dritto ereditario (51). 2) *Da che si dea dedurre la quarta*? Oltre ai proprii legati d' ogni maniera (52) per disposizione di Settimio Severo son soggette alla deduzione della quarta falcidia anche le donazioni per causa di morte (53), comprese anche le donazioni tra conjugi (54) convalidate per la morte del donante, e Giustiniano permise eziandio la deduzione da ciò che un erede dee dare *implendae conditionis causa* (55). In generale qui non è d' importanza qual sia l' oggetto del legato, o quale la persona dell'onorato (56). Nondimeno sono esenti dalla deduzione A. il legato della libertà (57), B. la *dos relegata* (58), C. il legato alla moglie del testatore di quelle tali cose che si erano acquistate per lei (59), D. il legato di quelle cose che non hanno un valore pecuniario (60), E. i fedecommessi familiari per effetto del peso imposto all'erede di non alienare certe cose per bene della famiglia (61), F. i legati alle Chiese ed agli Stabilimenti pii, quando l'erede falsamente abbia negato di poter soddisfare il legato (62), G. i fede-

(48) L. 1. § 14. L. 11. § 6. L. 78. L. 87. § 4. D. *eod.*

(49) L. 21. § 1. L. 25. pr. D. *eod.*

(50) L. 1. § 15. D. *eod.*

(51) La trasmissione qui è presa nel senso più ampio del § 168., e quindi racchiude il caso che una porzione creditaria come *caducum* o *ereptitium* ricada ad un altro.

(52) V. § 311. Nota 34. § 312. Nota 34.

(53) L. 2. C. *de mort. causa don.* (8. 57.) L. 5. C. *ad leg. falc.* (6. 50.) L. 15. pr. D. *eod.* (35. 2.) L. 27. D. *de don. mort. causa* (39. 6.) L. 77. § 2. D. *de legat.* II. (31.)

(54) L. 32. § 1. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.) L. 12. C. *ad leg. falc.* (6. 50.)

(55) L. 18. C. *ad leg. falc.* (6. 50.)

(56) L. 1. § 6-8. L. 28. L. 89. pr. D. *eod.* L. 4. L. 6. § 1. C. *eod.*

(57) L. 8. § 9. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 33. L. 34. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(58) L. 81. § 1. D. *eod.* L. 1. § 13. L. 2. pr. § 1. D. *de dote praeleg.* (33. 4.)

(59) L. 81. § 2. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(60) L. 15. C. *eod.* (6. 50.)

(61) L. 54. D. *eod.* Auth. *Sed et* C. *eod.* Nov. 119. c. 11.

(62) Auth. *Similiter* C. *eod.* Nov. 131. c. 12. La L. 49. § 2. C. *de episc.* (1. 3.);

commessi taciti, che per pena l'erede dee dare al Fisco (63), H. i legati, che l'erede ha tentato di far divenire invalidi (64), J. i legati che il testatore una volta soldato abbia ordinati come tale (65), e K. i legati, per riguardo ai quali o il testatore ha vietata la deduzione (66), o l'erede ha rinunziato alla quarta (67), o nella vendita dell'eredità ha convenuto che non si dovesse dedur nulla dai medesimi (68). Allorchè sono ordinati dei legati altri soggetti alla deduzione ed altri esenti, allora se eccedono l'ammontare della massa da prima tutti vengono per una proporzionata diminuzione ridotti a quest'ammontare, e di pòi si computa la deduzione sopra i singoli legati, come se da tutti si potesse dedurre qualche cosa (69), giacchè la deduzione dee sempre proporzionatamente ripartirsi fra tutti (70), senza che un erede con una maggiore riduzione possa addossare agli altri legatarii ciò che egli forse non ha ritenuto e non ha potuto ritener da un altro (71). 3) *Come si debbono valutare i legati?* Per la valutazione dei legati a fine di far la deduzione valgono le seguenti regole: A. Tutti gli oggetti legati debbono essere stimati a giusto valore secondo il loro stato alla morte del testatore (72), se il testatore medesimo non ne abbia determinato il valore (73), B. i legati ai coeredi, dai quali l'erede ot-

dalla quale si è voluto dedurre un'assoluta esenzione dei *legata ad pias causas* riceva soltanto ad un *dispensator* il dritto alla quarta. Intorno alla quistione se anche i *legata ad Deos* fossero esentati, Paolo apparentemente si contradice nella L. 1. § 5. D. *ad leg. falc.* (35. 2.), in cui egli è per la negativa, e nelle R. S. IV. 3. § 3., in cui è per l'affermativa; ma quest' ultimo passo è senza dubbio da intendersi non già dei legati ma dei voti, come il mostra l'usata espressione *dona Deorum*, e principalmente la circostanza che questi doni si assomigliavano ai debiti.

(63) V. § 372. Nota 6-8.

(64) L. 59. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(65) L. 17. D. *eod.* L. 17. § 4. L. 18. pr. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 92. D. *de lege falc.* (35. 1.)

(66) Nov. 1. c. 2. § 2.

(67) L. 46. D. *ad leg. falc.* (35. 2.).

(68) L. 71. D. *eod.*

(69) L. 17. L. 73. § 5. D. *eod.* L. 17. § 4. L. 18. pr. D. *de test. mil.* (29. 1.) Nov. 131. c. 12. Confr. *Schirach* nell' Arch. per la prat. civ. vol. II. n. 26.

(70) § 3. J. *de lege falc.* (2. 22.) § 5. J. *de fideic. hered.* (2. 23.) L. 2. L. 6. § 1. C. *ad leg. falc.* (6. 50.)

(71) L. 6. § 2. C. *eod.* Nov. 1. c. 3. Una singolare eccezione incontrasi nella L. 5. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

(72) L. 30. § 4. L. 42. L. 62. § 1. L. 63 pr. § 2. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(73) Anticamente ciò non si poteva L. 15. § 8. D. *eod.* L. 81. § 4. D. *de legat.* I. (30.), ma da che il testatore potè vietare assolutamente che si deducesse la quarta Nov. 1. c. 2. § 2., dovè anche aver la facoltà di fare il medesimo indirettamente mediante una determinazione del valore.

tiene parimente un legato, o qualche cosa pel legato adempiuto, non vengono in computo, se non per quel tanto che il loro valore non è coperto da ciò che si è ricevuto (74). C. I legati a quelle tali persone, che non possono essere onorate se non fino ad una certa misura (75), sono nondimeno provvisoriamente portati in conto per l'intero, e soltanto allorchè la deduzione da stabilirsi di poi non li riduce all' ammontare permesso, può l'erede ridurre ancora quel che è legato di più (76). D. Del pari i legati, che si debbono adempiere dopo un certo tempo, si debbono portare in conto pel loro pieno valore, ma l'erede dee computare nella sua quarta e per tal ragione dee valutare il prodotto, che egli può ritrarre dalle cose legate fino al tempo della scadenza (77). E. I legati condizionali al contrario provvisoriamente non son considerati, ma se la condizione si verifichi di poi, dee farsi una nuova computazione della quarta (78), nel che pertanto l'utile ritratto nell' intervallo dalle cose legate sotto condizione si dee parimente imputar nella quarta (79), e per questa possibile doppia computazione di quarta quelli; che hanno immediatamente ottenuto i loro legati, debbono all'erede prestar cauzione di restituire il dippiù che hanno ricevuto, se posteriormente pei legati condizionali si rendesse necessaria un altra deduzione (80), il che si applica eziandio pei legati soddisfatti da un pupillo, quando a lui sia stato nominato un sostituto pupillare, il quale debba anche soddisfar dei legati (81), imperocchè, quando il sostituto perviene alla successione, può riunire tutt' i legati imposti al pupillo con quelli a lui medesimo imposti, i quali ultimi per conseguenza nel rapporto coi primi appariscono come condizionali (82). F. I legati perpetui di prestazioni annuali sono elevati a capitale, risguardandosi la prestazione annuale come un interesse del quattro per 100, e se dal capi-

(74) L. 78. pr. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 22. pr. L. 91. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 58. § 3. L. 63. § 5. 6. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 24. C. *fam. herc.* (3. 36.) V. § 372. Nota 46. 47.

(75) V. § 309. 318.

(76) L. 67. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(77) L. 24. § 1. 2. L. 45. pr. L. 66. pr. L. 73. § 4. D. *eod.* L. 58. § 4. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 70. § 1. D. *de legat.* II. (31.). Una eccezione si contiene nella L. 6. C. *eod.* (6. 49.) V. Nota 110.

(78) L. 73. § 1. L. 88. § 3. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(79) L. 15. § 6. L. 88, § 3. D. *eod.*

(80) L. 1. § 16. L. 31. L. 45. § 1. L. 73. § 2. D. *eod.* L. 1, § 7. D. *si cui plus* (35. 3.) L. 2, C. *de usur. et fruct. leg.* (6. 47.)

(81) L. 31. L. 80. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(82) L. 79. D. *eod.* V. Nota 46.

tale così ricavato si dee dedur qualche cosa, si diminuisce proporzionatamente la prestazione annuale (83). G. I legati di prestazioni annuali per un dato numero di anni sono al contrario da trattarsi come tanti legati condizionali, cosicchè dall'obbietto di ogni termine si dee stimare il prodotto del tempo intermedio, ed imputarlo nella quarta (84). H. Nella stessa guisa si procede pei legati di prestazioni annuali vitalizie, se non che qui secondo una probabile computazione viene in prima determinato quanto potrà vivere il legatario, e per conseguenza quante annualità dovrà pagare l'erede (85), ma qui però se il legatario di poi abbia una vita più lunga o più breve, si dee correggere il computo già fatto (86). I. Nei legati che tolgono agli eredi solo temporaneamente il godimento delle cose, come il *legatum usus* ed *ususfructus* bisogna stimare che valore abbia nell' intero il godimento, di cui l'erede è privato, e se sono stati lasciati al legatario durante la sua vita, in tal caso si dee determinare anche qui la probabile durata della vita di costui (87). K. Il *legatum liberationis* dee valutarsi secondo il pieno valore del debito rimesso (88). L. Ma il legato di un credito non si dee stimare che secondo il valore che si può ottenere dal debitore (89). M. Il *legatum debiti* si computa per quel tanto che arreca di vantaggio al legatario (90). N. Il legato di poter per un determinato prezzo comprare una cosa dall'erede ovvero venderla al medesimo del pari non si valuta che in quanto si contenga in ciò un vantaggio pel legatario (91). 4) *Come si effettua la deduzione?* Allorchè secondo i principii fin qui esposti è da farsi una deduzione, i legati s' intendono ridotti *ipso jure* a tanto di meno (92); e però A. l'erede che si trova tuttora in possesso può ritenere quel tanto che gli spetta, o se l' oggetto del legato non comporta una tale immediata deduzione, può richiedere dall'onorato il pagamento dell' ammontare, e ritenersi il legato, finchè questo non segua (93). B. Ma se l'onorato ha di già conseguito il legato, allora per

(83) L. 3. § 2. D. *eod.*
(84) L. 4. D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 10-12. D. *quando dies* (36. 2.)
(85) L. 68. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(86) L. 1. § 16. L. 47. pr. L. 55. D. *eod.* L. 5. D. *de annuis leg.* (33. 1.)
(87) L. 8. D. *eod.* L. 1. § 9. L. 68. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(88) L. 22. § 4. D. *eod.*
(89) L. 22. § 5. D. *eod.*
(90) L. 1. § 10. L. 5. D. *eod.* L. 82. pr. D. *de legat.* II. (31.)
(91) L. 19. L. 30. § 1. L. 87. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(92) L. 73. § 5. D. *eod.* L. 1. § 5. D. *quod legator.* (43. 3.)
(93) L. 1. § 9. L. 7. L. 15. pr. L. 16. L. 23. L. 56. § 4. L. 80. § 1. L. 81. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 18. C. *eod.* (6. 50.)

l'ammontare della deduzione compete all'erede un'*actio in factum*, la quale azione non si prescrive che in trent' anni (94). Per le cose divisibili l' erede può anche revindicare la parte, che gli spetta (95), e se l' onorato ha ottenuto il possesso senza il suo consentimento, può anche per sua sicurezza richieder l' intero con l' *interdictum quod legatorum* (96). Intanto cessa il dritto a farsi pagare posteriormente la quarta allorchè a. l'erede nell' intenzione di rinunziarvi adempie il legato senza deduzione (97), o allorchè b. egli trattandosi di un legato per causa di beneficenza, per ignoranza di dritto ha tralasciato di far la deduzione. Questo principio secondo il dritto antico valeva per tutt' i legati *per damnationem* e da Antonino Pio fu esteso eziandio ai fedecommessi (98); ma Giustiniano lo restrinse ai legati ad *pias causas* (99). 5) *Che cosa deve l'erede imputar nella quarta*? Su di ciò vale la regola semplice che l'erede deve imputare tutto ciò che possiede *jure heredis* come parte della sua eredità (100), in quanto ciò non sia un accrescimento dell' eredità sopravvenuto dopo la morte del defunto (101), per contrario può ritenere insieme colla sua quarta tutti gli altri acquisti per occasione di morte (102). Secondo ciò si dee per certo imputare un legato non acquistato dall'onorato, e che per conseguenza è rimasto all'erede, perciocchè l'erede lo ritiene come tale (103), come pure ciò che l' erede medesimo dee contribuire in un prelegato ricevuto (104), e non meno ciò che, vivente il testatore, ha ottenuto come anticipazione sulla futura eredità (105), ma non già anche la parte di un prelegato dovuto dai coeredi (106), nè ciò che altri debbono dare all' erede come legato, o come condizione della loro suc-

(94) L. 77. § 2. 6. D. *de legat.* II. (31.) L. 58. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 68. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(95) L. 26. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2. L. 18. C. *eod.*

(96) V. § 374. n. VII.

(97) L. 9. L. 19. C. *eod.*

(98) Caj. II. 283.; L. 9. § 5. D. *de jur. et facti ignor.* (22. 6.) Confr. Ulp. XXIV. 33.; Paul. S. R. III. 6. § 94. L. 9. C. *ad leg. falc.* (6. 50.)

(99) § 7. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3, 27.). Questa innovazione trovasi solamente nelle istituzioni, e verisimilmente ebbe luogo per le mani dello stesso Giustiniano.

(100) L. 74. L. 91. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(101) V. Nota 8.

(102) L. 74. L. 76. pr. L. 86. L. 91. D. *eod.* L. 78. § 13. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(103) L. 50-52. L. 76. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(104) V. § 372. Nota 50.

(105) L. 56. § 5. D. *eod.*

(106) L. 91. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

cessione, *implendae conditionis causa* (107). Intorno a ciò non s'incontrano che tre eccezioni. A. Cioè l'erede dee imputare nella sua quarta i frutti, ed in generale il profitto che ha ritratto dagli stessi oggetti legati, sebbene questo profitto non meno che quello ricavato da altri oggetti ereditarii appartenga agli accrescimenti posteriori dell' eredità (108). Non per tanto in ciò si osserva anche la conseguenza che l'erede è tenuto soltanto ad imputare il profitto ritratto prima della scadenza del legato, e non già anche quello, che abbia fatto per l' indugio della domanda del legato, sebbene anche questo profitto rimanga a lui, imperocchè egli solamente quel primo si appropria in forza del suo dritto ereditario, ma quest'ultimo non è che un guadagno accidentale cagionato dalla trascuraggine dell' onorato (109). Oltre a ciò avvi anche l'eccezione, che Zenone rilasciò in tutto l' imputazione dei frutti e degli utili ai discendenti del defunto, i quali dovessero pagar dei legati ad altri discendenti (110). B. Il testatore può imporre all' onorato di pagare all'erede in tutto o in parte l' ammontare della deduzione, che per avventura si dovesse fare, nel qual caso, secondo la decisione di Adriano, ciò che in questo modo si è pagato tien luogo della deduzione, e per conseguenza si dee imputare nella quarta come s'imputerebbe ciò che altrimenti si sarebbe dovuto dedurre (111). C. Da ultimo il testatore può disporre che l' erede debba imputare nella quarta anche ciò che ha ricevuto da altri per legati, o *implendae conditionis causa* (112), ovvero che nella valutazione della massa non debba dedurre da questa i suoi proprii crediti contro il testatore (113). Principi perfettamente eguali troviamo nella deduzione della quarta falcidia dai fedecommessi universali, cioè della così detta *quarta Trebellianica* s. *Pegasiana* (114). Imperocchè non vi ha nulla di singolare se non in apparenza A. quando il testatore ha imposto all'erede di restituire la sua eredità ritenendo una quota più o meno grande, ovvero tali o tali al-

(107) L. 30. § 7. L. 60. pr. L. 74. L. 76. pr. L. 91. D. *eod.*

(108) L. 15. § 6. L. 18. § 1. L. 24. § 1. 2. L. 73. § 4. L. 88. § 3. D. *eod.* L. 58. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(109) L. 22. § 2. L. 63. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 24. § 2. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(110) L. 6. pr. § 3. C. *ad Sct. Treb.* (6. 49.)

(111) L. 93. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 58. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Antonino Pio espressamente ammise la stessa cosa pei fedecommessi universali L. 91. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 63. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(112) L. 75. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(113) L. 12. D. *eod.*

(114) *Lindelof* nell' Arch. per la prat. civ. vol. IV. n. 30.

tre cose, il che in altri termini torna lo stesso che se si fosse detto che l'erede dovesse restituire un tanto della sua eredità come fedecommesso universale, dove s'intende di per sè, che ciò che gli rimane, egli lo ritiene come erede, e quindi deve imputarlo nella quarta (115), ed è del pari solo apparente B. una seconda differenza, la quale proviene da ciò, che sebbene il fedecommesso universale sia un legato per l'erede gravato, pure il fedecommessario universale si ritiene anche come erede (116), il perchè quando l' erede ottiene alla sua volta dal fedecommessario un legato o un *datum implendae conditionis causa* questo, secondo la regola che i legati reciproci tra gli eredi fino alla rispettiva concorrenza non si mettono a conto (117), si deduce dal fedecommesso, e per conseguenza solo allorchè il fedecommesso valutato con questa deduzione lede tuttora la quarta, può dedursene ciò che manca ad essa (118). Del rimanente finchè fu in voga la disposizione del *Sctum Pegasianum*, che il fedecommessario universale, al quale si dovesse fare una deduzione, si dovesse riguardare, nel modo medesimo che per l'antico dritto, come un semplice *legatarius partiarius* (119), ciò pei prelegati all' erede gravato avea l'effetto che, allorchè il fedecommesso ledeva la quarta, tutta la parte del prelegato, che ricadeva sulla porzione ereditaria come quella che costituiva una parte della porzione ereditaria dovea imputarsi nella quarta, per contrario quando il fedecommesso non oltrepassava 3/4 della quota dell'erede, e quindi il fedecommessario si riteneva come coerede, una quota del prelegato corrispondente al fedecommesso era riguardata come proveniente dal fedecommessario (120); ma dopochè Giustiniano ebbe abolita questa disposizione e dichiarato generalmente per coerede il fedecommessario, il prelegato si dovè sempre riguardare in quest' ultima guisa. L' erede per garentirsi dalla risponsabilità e dalle quistioni, appena viene in contesa la deduzione di una quarta, può domandare la nomina di un arbitro per fare la stima del patrimonio, e la computazione della quarta (121).

(115) § 9. J. *de fideic. her.* (2. 23.) L. 58. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 2. C. *de codicill.* (6. 36.)

(116) V. § 312. Nota 23.

(117) V. § 372. Nota 46. e 47.

(118) L. 91. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 63. § 5. 6. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 24. C. *fam. herc.* (3. 36.)

(119) V. § 312. Nota 35.

(120) L. 86. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(121) L. 1. § 6. D. *si cui plus quam per leg. falc.* (35. 3.)

III. Dritti ed obbligazioni del gravato

§ 374. Sebbene per verità l'onorato apparisca principalmente come investito di dritti, ed il gravato apparisca essenzialmente come obbligato soltanto, nondimeno anche a quest'ultimo competono più dritti importanti verso il primo:

1.° Finchè il gravato non sia in mora appartengono a lui tutt'i frutti ed utili delle cose legate quando questi non sieno stati anch'essi espressamente legati (1), e qui anche egli cade in mora non già per la semplice scadenza del legato (2), ma soltanto allorchè è stato invano avvertito dall'onorato (3), eccetto pel legato della libertà e pei legati alle Chiese ed agli Stabilimenti pii, pei quali la mora ha luogo *ex re*.

2.° Durante il tempo che i frutti e gli utili appartengono al gravato egli veramente dee sopportare anche le spese ordinarie di mantenimento, come pure le imposte, ed i pesi delle cose legate, ma se anche posteriormente abbia fatto simiglianti spese, o se le spese fatte sulla cosa sieno di altra specie, debbono venirgli rimborsate, e secondo la decisione di Antonino Pio egli può per quest' oggetto proporre anche la *condictio sine causa*, se abbia di già adempiuto al legato (4).

3.° Del pari si debbono rimborsare al gravato le spese, che l'adempimento del legato senza sua colpa ha cagionate (5).

4.° Se dei dritti dell'erede sulle cose legate si sieno estinti per confusione, l'onorato è tenuto a ristabilirli (6), eccetto quei tali dritti, che il gravato dovrebbe redimere quando appartenessero ad un terzo (7).

5.° Di più l'onorato dee naturalmente liberare il gravato dalle obbli-

(1) Caj. II. 280.; Paul. S. R. III. 8. § 4.; L. 39. § 1. D. *de legat*. I. (30.) L. 78. § 2. L. 87. § 1. D. *de legat*. (II. (31.) L. 18. § 1. L. 45. pr. L. 73. § 4. D. *ad leg. falc*. (35. 2.) L. 18. pr. § 1. 2. L. 22. § 2. L. 44. § 1. L. 58. § 2. 4. 5. L. 63. § 8. D. *ad Sct. Treb*. (36. 1.) L. 1. L. 2. L. 4. C. *de usur. et fruct. legat*. (6. 47.)

(2) L. 24. § 2. D. *ad leg. falc*. (35. 2.) L. 22. § 2. L. 63. § 5. D. *ad Sct. Treb*. (36. 1.)

(3) Paul. l. c. « ex mora praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et usurae peti possunt. Mora autem fieri videtur cum postulanti non datur ». V. § 224. Nota 51. e 52.

(4) L. 39. § 5. L. 58-60. D. *de legat*. I. (30.) L. 19. § 2. L. 58. § 2. D. *ad Sct. Treb*. (36. 1.) L. 5. § 1. D. *de censib*. (50. 15.)

(5) L. 39. pr. L. 108. pr. D. *de legat*. I. (30.) L. 8. pr. D. *de legat*. II. (31.)

(6) L. 18. D. *de serv*. (8. 1.) L. 70. § 1. L. 84. § 4. L. 116. § 4. D. *de legat*. I. (30.)

(7) L. 76. § 2. D. *de legat*. II. (31.) Confr. § 379. Nota 30-32.

gazioni, che questi per cagione della cosa legata è stato obbligato di addossarsi, purchè non gli si possa imputare alcuna colpa (8).

6.° Se un legato viene adempito prima che sia fermato quanto propriamente si debba prestare, allora il gravato conformemente all'editto del Pretore può chiedere una cauzione mediante fidejussori, a cagione della restituzione che per avventura potrà aver luogo (9), ed Antonino Pio gli concedè non solo di poter far valere questo dritto mediante la ritenzione del legato, ma di potere anche dopo l'adempimento domandare la prestazione della cauzione (10). Per lo più la quarta falcidia dà occasione a questa cauzione, spezialmente pei legati condizionali (11), ma nondimeno essa ha anche luogo, quando l'ammontare di un legato è incerto per altre ragioni (12), e per conseguenza può esser richiesta anche (13) da gravati che non sono eredi (14), come pure per legati che non vanno soggetti ad alcuna deduzione della quarta, ma il dritto alla cauzione cessa quando l'onorato sia il Fisco (15), e secondo i Rescritti di Antonino Pio, Marco Aurelio, e Commodo, anche quando l'onorato dee impiegare il legato a benefizio di altri (16), quando non sono stati legati che gli stretti alimenti (17), e quando è troppo difficile per l'onorato di procurarsi la debita sicurtà (18). Se l'oggetto del legato perisce presso il legatario senza sua colpa, allora non gli si può chiedere niuna restituzione e per conseguenza si estingue eziandio la cauzione prestata (19).

7.° L'Editto concedè al gravato un dritto speciale quando l'onorato senza suo consenso fosse entrato in possesso delle cose legate, giacchè egli allora potea costringerlo alla restituzione delle cose, al qual fine gli fu dato l'*interdictum quod legatorum* (20), il quale si può dirigere

(8) Se p. es. l'erede nell'intervallo avesse lasciato divenir rovinosa una casa legata *ex die*, e per questo avesse dovuto prestare ad un vicino una *cautio damni infecti*, non vi sarebbe alcuna ragione di trasferire questa obbligazione nel legatario.

(9) L. 1. § 16. L. 31. L. 45. § 1. L. 73. § 2. 3. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 1. pr. § 4. 6. 7. 9. 11. L. 3. § 1. L. 4. pr. L. 5. D. *si cui plus quam per leg. falc.* (35. 3.) L. 2. C. *de usur. et fruct. leg.* (6. 47.)

(10) L. 3. § 5. 10. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(11) V. § 372. Nota 80.

(12) L. 1. § 4. 13. L. 4. D. *eod.*

(13) L. 1. § 13. D. *eod.*

(14) L. 3. § 5. D. *eod.*

(15) L. 1. § 11. 12. D. *eod.*

(16) L. 7. D. *eod.*

(17) L. 3. § 4. D. *eod.*

(18) L. 6. D. *eod.*

(19) L. 1. § 15. L. 2. L. 3. pr. D. *eod.*

(20) L. 1. § 2. 3. 11-15. D. *quod legator.* (23. 3.)

contro il legatario ed i suoi successori (21). Anche quando il legatario per cagione di non essersi prestata la cauzione, *legatorum servandorum causa*, sia stato immesso dal Giudice nel possesso, può l'interdetto aver luogo se o la causa della immissione cessi posteriormente per la prestazione della cauzione, o non vi sia stata alcuna legittima cagione per l'immissione (22). Di più il consentimento dato da uno o da alcuni fra più gravati per la presa di possesso non esclude gli altri dall'interdetto (23). Se il convenuto per sua colpa non può restituire la cosa, dee ristorare l'interesse (24), ed allóra per verità si dee far la pruova di quest'interesse, mentre al contrario non si trova che si fosse dovuto altronde provar l'interesse al possesso della cosa, a cagione di possibili deduzioni o per altre ragioni. S'intende poi da se che il legatario il quale abbia fatto uso di mezzi illeciti di privata autorità può per pena perdere il suo dritto al legato (25). Per ciò che riguarda le obbligazioni del gravato, queste nei diversi legati sono in parte assai dissimili, intorno al che i particolari non si possono presentare che nella esposizione dei singoli legati. Solo si può dire in generale:

1.° Che il gravato deve, quando occorre, dare la stessa cosa legata e non può sostituirvi il valore (26), salvo allorchè l'oggetto del legato sia una cosa, che il legatario non può avere (27), o o uno schiavo, che il gravato per cagione di parentela, o di altre relazioni mal volentieri potrebbe consentire a far cadere in mano altrui (28), o allorchè la prestazione dell'oggetto legato per avventura cagionerebbe delle spese sproporzionate eccedenti di molto il valore della cosa (29).

2.° Che egli è risponsabile pel dolo e per la colpa ma per sè stesso non risponde del caso per rispetto alla cosa legata (30), nel che gli eredi, che hanno a soddisfare un legato singolare, son tenuti anche per

(21) L. 1. § 6-8. 10. 13. D. *eod.*

(22) L. 1. § 9. 16. 17. 18. L. 2. D. *eod.*

(23) L. 1. § 15. D. *eod.*

(24) L. 1. § 7. L. 2. § 2. D. *eod.* Confr. con L. 1. § 15. L. 2. L. 3. pr. D. *si cui plus* (35. 3.)

(25) L. 48. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 5. C. *de legat.* (6. 37.)

(26) L. 39. pr. L. 51. L. 69. § 5. L. 71. § 3. 4. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. § 17. 25. D. *de legat.* III. (32.)

(27) L. 40. L. 114. § 5. D. *de legat.* I. (30.)

(28) L. 71. § 3. D. *eod.*

(29) L. 71. § 3. D. *eod.* L. 14. § 2. D. *de legat.* III. (32.)

(30) § 16. J. *de legat.* (2. 20.) L. 7. § 5. D. *de dolo* (4. 3.) L. 47. § 2-6. L. 53. § 6-9. L. 108. § 12. D. *de legat.* I. (30.) L. 22. § 3. L. 25. § 2. L. 70. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). S'intende da sè che nel caso della mora il gravato dee soffrire anche il *casus* L. 39. § 1. L. 47. § 6. D. *de legat.* I. (30.) L. 3. C. *de usur. legat.* (6. 47.)

la colpa lieve (31); ma gli altri gravati al contrario, come pure gli eredi, ai quali è imposto un fedecommesso universale, non rispondono che della colpa grave (32).

IV. Acquisto e perdita de' legati.

§ 375. Se un legato non è lasciato con la condizione espressa che il legatario voglia averlo, nel qual caso la dichiarazione di accettarlo si ritiene come una condizione dell'acquisto (1), l'acquisto del medesimo è simigliante a quello dell'eredità per gli eredi necessarii, essendochè il dritto al legato viene da sè stesso nel legatario, senza che questi sia tenuto di dichiarare l' accettazione, e questa è anche la ragione, per cui non si pon mente alla capacità di volontà del legatario (2). Ma una differenza essenziale sta in ciò, che qui il legatario può rifiutare il legato, finchè non si è ancora dichiarato (3), e che l'efficacia dell'acquisto presuppone ancora che il gravato o qualche altro, al quale passa questo peso, sia venuto alla successione. Il legatario dee assolutamente trovarsi in vita al momento che il dritto si deferisce, cioè al tempo, in cui secondo l'espressione tecnica *dies legati vel fideicommissi cedit* (4), altrimenti i suoi eredi non hanno nulla a conseguire, ma al contrario non nuoce a costoro che il loro autore sia morto posteriormente senza essersi dichiarato (5). Se l'onorato si trovi tuttora sotto la potestà di un altro, nel quale caso a lui acquista il legato, non è sufficiente che costui sia vivente al tempo del deferimento, se l'altro precedentemente sia morto, ma è mestieri che il legatario istesso si trovi in vita a quel tempo (6).

1.° Ma il momento, in cui il dritto si deferisce, è per regola la morte del testatore. Per verità la *la lex Papia Poppaea* per accrescere i casi di caducità dei legati avea disposto che i medesimi non si deferis-

(31) L. 47. § 5. D. *de legat.* I. (30.)
(32) L. 108. § 12. D. *eod.* L. 22. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Manifestamente in ciò si è conservata una differenza tra i legati e fedecommessi.
(1) L. 65. § 1. D. *de legat* I. (30.) L. 11. § 6. D. *de legat.* III. (32.)
(2) L. 16. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 77. § 3. D. *de legat.* II. (31.)
(3) L. 38. L. 44. § 1. L. 86. § 2. D. *de legat.* I. (30.)
(4) L. 213. pr. D. *de V. S.* (50. 16.)
(5) L. 3. § 1. 2. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 5. pr. D. *quando dies* (36. 2.) L. 3. C. *eod.* (6. 53.)
(6) L. 9. L. 5. § 7. D. *eod.* L. 42. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

sero se non all'apertura del testamento; ma Giustiniano rimise in voga la regola antica (7).

2.° Nondimeno si fa eccezione a questa regola 1) per quei legati, che non passano agli eredi del legatario, come il legato di una servitù personale, il *legatum alimentorum* ed il *fideicommissum libertatis*, dove il deferimento non avviene se non quando un erede abbia accettato (8); 2) pei legati agli schiavi proprii del testatore, pei quali vale il medesimo, imperocchè questi legati non sussistono se non quando lo schiavo legatario o sia stato manomesso nel testamento, o sia stato legato ad un altro, e questa disposizione non può effettuarsi che con l'accettazione dell'eredità (9); e 3) pei legati condizionali, i quali non possono acquistarsi che all'avverarsi della condizione (10), mentre anteriormente non costituiscono neppure un credito condizionale (11). Non per tanto in ciò si richiede eziandio che la condizione sia possibile e permessa, giacchè altrimenti il legato si ritiene come puro e semplice (12), e tal'è ancora il caso che la condizione non adempiuta si debba altrimenti riguardar come adempiuta (13). Oltre a ciò è mestieri che la condizione sia una *conditio in futurum collata* espressamente aggiunta, e non già che s'intenda di per sè; e però A. i legati, la cui esistenza dipende da circostanze, che non son fondate sulla disposizione del testatore, son da riguardarsi come puri e semplici (14); B. la condizione che l'eredità sia accettata, non rende condizionale un legato (15); C. i legati imposti ad un sostituto pupillare, sebbene dipendano dalla circostanza che il pupillo muoja in questa qualità, si deferiscono nondimeno alla morte del testatore (16), e D. per le *conditiones* in *praesens vel praeteritum relatae*, il legatario non ha mestieri che sopravviva alla notizia dell'avvenimento, es-

(7) Ulp. XXIV. 31. L. 5. § 1. D. *quando dies* (36. 2.) L. un. § 1. 5. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(8) L. 2. L. 3. L. 5. § 1. L. 9. D. *quando dies* (36. 2.) L. un. § 2. D. *quando dies ususfr. leg. ced.* (7. 3.) L. un. § 6. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(9) L. 7. § 6. L. 8. L. 16. § 2. L. 17. D. *quando dies* (36. 2.); Ulp. XXIV. 23.

(10) Ulp. XXIV. 31.; L. 4. pr. L. 5. § 2. D. *quando dies* (36. 2.) L. 41. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. un. § 7. C. *de cad. toll.* (6. 51.) Confr. anche Nota 1.

(11) L. 41. D. cit. L. 42. pr. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(12) L. 5. § 3. 4. D. *quando dies* (36. 2.) V. § 313. n. II.

(13) L. 5. § 5. D. *eod.* L. 161. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 30. § 5. D. *de legat.* III. (32.) L. 21. L. 31. L. 45. L. 78. pr. L. 81. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) V. § 313. n. V.

(14) L. 99. D. *eod.* L. 6. § 1. D. *quando dies* (36. 2.)

(15) L. 21. § 1. L. 22. § 1. D. *eod.*

(16) L. 1. D. *eod.*

sendochè la condizione era già fin da principio decisa(17). Col deferimento dei legati non è da scambiare la scadenza dei medesimi, cioè il tempo in cui si possono richiedere, il che viene indicato con la espressione *dies legati seu fideicommissi venit* (18). Per questo si richiede non solo che il legato sia deferito, ma ancora che il gravato sia già venuto alla successione (19); ed ancora può il testatore determinare un termine più lontano per la scadenza, perfino il giorno della morte del legatario (20). Ma il legatario non ha bisogno di sopravvivere a questo termine, il quale non fa che differire la richiesta del legato (21), purchè il testatore non abbia indicato un termine del tutto incerto, il quale ha lo stesso effetto che una condizione del legato (22), il che si è esteso eziandio al caso che un legato non si debba soddisfare che alla morte del gravato (23). Una seconda singolarità di siffatti legati, della quale qui si vuol far menzione, è che quando si è fatto dipendere il legato dalla circostanza che il gravato non lasci figliuoli alla sua morte, e si sa con certezza che i figliuoli che egli avea sono morti, ma non si sa però se siano sopravvissuti o no al gravato, la condizione del legato si dee riguardare come verificata (24). Non può esser quistione di perdita di legati nel proprio senso, se non quando sieno disposti validamente dal testatore, e non sieno stati dal medesimo rivocati, imperocchè altrimenti non se ne fa conto, come se non fossero stati disposti. Una siffatta perdita in senso proprio non si può fondare che 1) sulla rinunzia da parte del legatario (25), la quale per essere obbligatoria è mestieri che siasi fatta dopo il deferimento (26), e per rispetto all' intero legato, se si fa dal legatario medesimo (27), mentre se il legatario abbia lasciato più eredi, ciascuno di essi può rinunziare alla sua parte (28), e se son più i legati, si può anche accettarne alcuni e rifiutarne altri, la qual cosa non-

(17) L. 10. § 1. D. *de cond. instit.* (28. 7.) L. 109. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 37. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 16. D. *de injusto* (28. 3.)

(18) L. 213. pr. D. *de V. S.* (50. 16.)

(19) L. 7. D. *quando dies* (36. 2.); Caj. II. 195.

(20) L. 4. § 1. D. *quando dies* (36. 2.) L. 79. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(21) L. 5. § 1. L. 21. pr. D. *quando dies* (36. 2.) L. 46. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(22) L. 21. pr. L. 22. pr. D. *quando dies* (36. 2.) L. 75. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(23) L. 4. pr. D. *quando dies* (36. 2.) L. 1. § 2. L. 79. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 12. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

(24) L. 17. § 7. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(25) V. Nota 3.

(26) L. 45. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

(27) L. 38. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 4. L. 6. D. *de legat.* II. (31.)

(28) L. 38. pr. D. *de legat.* I. (30.)

dimeno nel caso che si accetti un legato senza pesi, e si rifiuti un altro, sul quale era imposto un secondo legato, e che quindi l' erede dovrà direttamente adempiere, ha questo effetto singolare che l' erede ha il dritto di dedurre dal legato accettato la quarta falcidia per amendue i legati(29); 2) sull'annullamento del testamento per parte degli eredi legittimarii, o pel mancare degli eredi istituiti, sebbene in questo vi sia luogo a parecchie eccezioni(30); 3) sul non verificarsi della condizione, nei legati condizionali; 4) sulla morte del legatario avvenuta prima del deferimento; 5) sull'indegnità, in cui il medesimo sia incorso; e 6) sulla perdita dell'oggetto legato, quando il gravato non vi ha dato occasione, nè si trovava in mora al tempo del *casus* (31).

V. Garentia per l'adempimento.

§ 376. Per assicurare il più che si possa il legatario contro la negligenza e la cattiva volontà del gravato, l'Editto del Pretore:

1.° Pei legati condizionali o a termine, e che per conseguenza non divengono esigibili al momento dell'accettazione del gravato, ha conceduto al legatario il dritto di richiedere una valida cauzione pel futuro adempimento (1), e ciò, secondo un Rescritto di Antonino Pio, nel luogo ove si trova l'eredità o la parte sulla quale è imposto il legato (2) ma però soltanto quando egli sulla richiesta dell' altra parte produca l'atto di ultima volontà, che contiene il legato, e giudizialmente provi il suo dritto alla cauzione, o almeno lo renda verisimile (3). Se la quantità del legato è incerta, il giudice dee decidere sull' ammontare della cauzione da prestarsi (4), e se il gravato ha di già venduto i beni ricevuti, il legatario secondo il menzionato Rescritto può domandare che sia depositata la somma necessaria per l' adempimento del legato (5). Nondimeno questo dritto alla cauzione patisce eccezione : 1) quando il

(29) L. 5. D. *de legat.* II. (31.)
(30) V. § 348. Nota 20. § 351. Nota 12. § 371.
(31) V. § 374. Nota 29.
(1) L. 1. pr. § 1-8. L. 5. § 2. L. 14. pr. D. *ut legat. seu fideicomm. serv. causa cav.* (36. 3.) L. 1. § 1. L. 2. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.). Non è che una conseguente applicazione di ciò, che nei legati continui, come i fedecommessi di famiglia, i successori eventuali al legato possono da qualunque possessore richieder cauzione L. 69. § 3. D. *de legat.* II. (31.)
(2) L. 5. § 3. D. *ut leg. seu fideic. serv. causa cav.* (36. 3.)
(3) L. 5. § 2. D. *eod*, L. 3. § 1. *ut in poss. leg.* (36. 4.) L. 1. C. *eod.* (6. 54.)
(4) L. 6. pr. D. *ut leg. seu fideic. serv. causa cav.* (36. 3.)
(5) L. 5, § 4. D. *eod.*

testatore ha vietato di richieder cauzione (6); 2) quando il legatario medesimo vi ha rinunziato (7); 3) quando il gravato è il Fisco o un Comune, il quale ultimo è tenuto a dare una cauzione verbale (8); 4) quando il legato è impugnato (9), ed il gravato non è stato condannato di già almeno in prima istanza (10); 5) quando è certo che il legato non potrà esser richiesto (11); 6) nel *legatum liberationis*, perchè quì il legatario già possiede l'oggetto del legato (12); e 7) quando il legatario si trova sotto la potestà del gravato, in tal caso però se quegli viene ad uscire dalla sua potestà, il gravato dee costituirgli un' ipoteca generale sul suo patrimonio (13), e se un padre gravato dolosamente amministri i beni, per una disposizione di Adriano può affidarsene l' amministrazione al figliuolo (14). Il gravato non è tenuto ad offerir la cauzione (15), e se per errore l' ha prestata, quando non era necessaria, può ridomandarla (16). Ma per contro il legatario può, se occorre, anche più volte richieder la cauzione, tranne quando non si tratti di altro che della insolvibilità sopravvenuta ai fidejussori costituiti (17). Inoltre quando la successione rimane per lungo tempo incerta, il dritto alla cauzione si può far valere anche prima dell'adizione (18), ma non contro i sostituti, ai quali sono eventualmente imposti dei legati (19). Or se non si presta la debita cauzione, allora il legatario può farsi immettere nel possesso di tutte le cose ereditarie, che il gravato possiede, o che dolosamente ha cessato di possedere (20), e se neppur questo giova, allora secondo che fu disposto da Antonino Caracalla, l' immissione si può estendere anche al patrimonio particolare del gravato (21). Questa immissione

(6) L. 12. L. 18. pr. D. *eod.* L. 1. pr. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.) L. 2. L. 7. C. *eod.* (6. 54.) Nov. 108. c. 2.

(7) L. 46. D. *de pactis* (2. 14.) L. 29. C. *eod.* (2. 3.)

(8) L. 1. § 18. L. 6. § 1. D. *ut leg. seu fideic. serv. causa cav.* (36. 3.)

(9) L. 1. § 9. 10. D. *eod.* L. 3. pr. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.)

(10) L. 5. § 1. D. *ut leg. seu fideic. serv. causa cav.* (36. 3.)

(11) L. 14. § 1. D. *eod.*

(12) L. 1. § 2. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.)

(13) L. 7. D. *ut leg. seu fideic serv. causa cav.* (36. 3.)

(14) L. 50. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(15) L. 1. § 1. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.)

(16) L. 1. pr. D. *eod.*

(17) L. 3. § 3. L. 4. D. *eod.*

(18) L. 1. § 4. L. 2. D. *eod.* La L. § 1.4. deve intendersi di una lunga incertezza, altrimenti Ulpiano si contradirebbe nella L. 2. cit.

(19) L. 5. § 12. D. *eod.*

(20) L. 5. § 5-15. L. 13. L. 15. D. *eod.*

(21) L. 5. § 16. D. *eod.* L. 6. C. *eod.* (6.54.)

generalmente non da che il dritto della detenzione e dell'amministrazione, insieme col dritto di pegno pretorio(22), e può anche esser conceduta a più persone congiuntamente (23); ma se sia stata immessa nel possesso una discendente, o la vedova del testatore che non è rimaritata, ed è povera, allora a queste persone spettano ancora gli alimenti (24).

2.° Giustiniano di poi a garentia del legatario fece delle disposizioni molto più ampie. 1) Il legatario finchè non è soddisfatto ha un dritto di pegno legale su tutte le cose ereditarie, che il gravato ha conseguite (25). 2) Il gravato non può nè alienare nè dare in pegno gli oggetti legati, e se ciò sia avvenuto, il legatario può rivendicarli da qualunque possessore, sebbene pei legati condizionali o a termine non possa ciò fare che dopo l'adempimento della condizione o il sopraggiungere del termine, ed affinchè niuno compri siffatte cose, colui che scientemente le ha comperate non ha che il dritto alla restituzione del prezzo contro il gravato (26). Non per tanto più tardi fu di nuovo introdotta una eccezione pel caso che fosse necessaria un'alienazione per compiere la legittima degli eredi legittimarii, o per pagare pienamente una dote o una *donatio propter nuptias* che si dovesse dare (27); s'intende poi da sè che è lecita l'alienazione quando ciò sia necessario pel pagamento dei creditori (28). Quando un gravato maggiore di età non ha soddisfatto un legato già scaduto, dopo che dal legatario gli fu fatto giudiziariamente intimare un ordine di pagamento, ed ha lasciato scorrere un anno dal rilascio del mandato, allora dee perdere tutto ciò che ha consegnito dall'eredità fino alla sua legittima, se abbia dritto alla legittima. Se egli è erede, la sua eredità o la sua quota ereditaria ricade ad altre persone nell' ordine che segue: A. ai sostituti, B. ai coeredi, C. ai fedecommessarii universali, e se son più, solo a colui che ha ottenuto la maggior parte. D. ai legatarii e fedecommessarii singolari, E. agli schiavi manomessi per testamento, e F. agli eredi che seguono,

(22) L. 5. pr. D. *eod.* L. 3. L. 5. C. *eod.* (6. 54.)

(23) L. 5. § 1-4. L. 9. § 1. D. *eod.*

(24) L. 14. D. *eod.*

(25) L. 1. C. *commun. de legatis* (6. 43.)

(26) L. 3. § 2-4. C. *eod.* Nov. 39. prooem. Nel *legatum vindicationis* questo era già l'antico dritto L. 69. § 1. D. *de legat.* I. (30.).

(27) Nov. 39. prooem c. 1. Auth. *de restitutionibus* C. *eod.* In fatti non si vede chiaro, come per ciò vi fosse bisogno di una disposizione, essendochè i legati doveano esser posposti agli altri crediti. Pare quasi che Giustiniano si sia confuso per la temerità di un legatario il quale appoggiato alla L. 3. C. cit. voleva precedere la *restitutio dotis*.

(28) L. 22. § 8. C. *de jure delib.* (6. 30.). Questa disposizione è posteriore di tre mesi alla L. 3. C. cit.

compreso il Fisco che succede nei beni vacanti; ma se egli medesimo non ha che un legato, questo ricade A, in prima ai suoi sostituti, B, in mancanza di costoro ai suoi collegatarii, e C. se non vi sono neppur questi, agli eredi, e se questi non vogliono avere il legato, alle altre persone nominate per l'erede, ed in quel medesimo ordine. Intanto chi vuole subentrare nel posto del gravato moroso dee prestar cauzione di adempir puntualmente ciò che a lui era imposto. Ma i gravati di età minore sono al tutto esenti da questa disposizione (29).

IV. Mezzi legali del legatario.

§ 577.

1.° A far valere i legati ora in generale appartiene al legatario ed ai suoi eredi l'*actio ex testamento s. legati*, che originariamente poteva aver luogo soltanto nel *legatum damnationis*. Di già i Giureconsulti classici aveano conceduta quest'azione anche per altri legati; in prima pel *legatum sinendi modo*, sebbene non senza contrasto (1), e più tardi anche pel *legatum vindicationis*, cosicchè qui il legatario avea la scelta tra la revindicazione e l'*actio ex testamento* (2), il chè probabilmente fu una conseguenza del *Sctum Neronianum*. Ma secondo la prescrizione di Giustiniano essa ha luogo in tutt' i legati, e però è entrata anche nel luogo della *extraordinaria persecutio fideicommissi* (3). Come un'*actio quasi ex contractu* (4) essa può esser proposta non solo contro il gravato e suoi eredi, ma allorchè queste persone si trovano sotto la potestà di un altro, anche contro costui nei casi in cui può aver luogo per le azioni dei contratti (5). Se, essendo più i gravati, ciascuno debba rispondere soltanto per una parte, ovvero possa esser convenuto solidalmente per l'intero, ciò dipende dalla circostanza se l'oggetto del legato è divisibile o no (6), ovvero se il testatore ha voluto imporre un obbligo solidale, nel quale ultimo caso i gravati son tenuti come veri *correi*

(29) Nov. 1. c. 1. e 4.
(1) Cai. II. 214.
(2) L. 33. L. 84. § 13. L. 85. L. 108. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 76. § 8. D. *de legat.* II. (31.)
(3) L. 1. C. *comm. de legat.* (6. 43.) § 2. J. *de legat.* (2. 20.) Nov. 1. c. 1. La denominazione *actio legati* trovasi p. es. nella L. 75. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(4) § 5. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 5. § 2. D. *de O. et A.* (44. 7.)
(5) V. § 250.
(6) L. 80. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

debendi (7). L'azione tende 1) alla prestazione dell'oggetto legato (8), colle sue pertinenze ed accessioni (9), (tra le quali cose però non si comprendono i documenti riguardanti l'acquisto della cosa, che rimangono presso gli eredi, i quali debbono soltanto prestar cauzione di presentarli al legatario in caso di bisogno) (10), ovvero al pagamento del valore, quando il gravato abbia il dritto di poter sostituire il prezzo alla cosa (11). 2) Al ristoro per la perdita o pel deterioramento della cosa quando il gravato ne sia responsabile (12), o almeno alla cessione dell'azione, che a tal riguardo gli compete contro i terzi, quando o egli non sia colpevole, o non possa dare alcuna indennità (13). 3) Alla consegna o al rimborso dei frutti e degli utili ritratti, o per negligenza non ritratti dal momento della mora (14), come pure al risarcimento del danno per l'indugio (15), e per conseguenza anche al pagamento degl'interessi moratorii, quando si debbono dare delle cose fungibili, pei quali però non si può richiedere che il quattro per 100 (16). Per verità da principio questo dritto proveniente dalla mora non avea luogo che pei fedecommessi, perchè l'*actio ex testamento* era *stricti juris* (17). Intanto dovè produrre scandalo che un legatario si dovesse trovare in una condizione più svantaggiosa in confronto di un semplice fedecommessario, il perchè Salvio Giuliano sostenne che l'antico rigore si dovesse restringere al *legatum damnationis* come al proprio fondamento dell'*actio ex testamento*, e per contrario nel *legatum sinendi modo* si dovessero sotto questo rapporto applicare i principii dei fedecommessi, il che ben presto prese vo-

(7) L. 8. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 25. pr. D. *de legat.* III. (32.) L. 9. pr. D. *de duob. reis* (45. 2.)

(8) V. § 374. Nota 25.

(9) § 17-20. J. *de legat.* (2. 20.) L. 39. D. *de usur.* (22. 1.) L. 8. pr. L. 21. L. 24. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 10. D. *de legat.* III. (32.) L. 58. § 2. 4. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 21. D. *de instr. leg.* (33. 7.)

(10) L. 24. C. *de fideicomm.* (6. 42.)

(11) V. § 374. Nota 26-28.

(12) V. § 374. Nota 29-39.

(13) L. 15. pr. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 73. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) Confr. § 220. n. VI. 2. e 3.

(14) L. 3. pr. L. 39. L. 42. D. *de usur.* (22. 1.) L. 18. pr. L. 22. § 2. L. 44. § 1. L. 58. § 2. 4. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Confr. con L. 39. § 1. D. *de legat.* I. (30.)

(15) L. 26. D. *de legat.* III. (32.)

(16) L. 3. pr. L. 17. § 8. D. *de usur.* (22. 1.) L. 78. § 2. L. 87. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

(17) Caj. II. 280. I passi citati nella Nota 14-16 parlano anche soltanto dei fedecommessi.

ga; imperocchè Cajo il quale fu un contemporaneo alquanto più giovane di Giuliano, dà questa cosa come già decisa (18), e dopochè in questo modo fu fatta breccia all'antica teoria, si andò più innanzi, e si ammise la regola, che circa un Secolo dopo s' incontra in Ulpiano e Paolo confermata da Rescritti di Settimio Severo ed altri Imperadori, che nei legati non altramente che nei fedecommessi appartengono all'onorato i frutti, gli utili, ed interessi moratorii dal tempo della mora, o almeno dalla contestazione della lite, se il gravato abbia litigato in buona fede (19). Il pareggiamento, che Giustiniano fece dei legati e dei fedecommessi, non immutò nulla in questo, piuttosto quella regola corrisponde al principio che, quando nulla siasi detto in contrario, la teorica dei fedecommessi sia anche applicabile ai legati (20). Conformemente a questo principio cade anche l'antico principio trasandato da Giustiniano, che nell'*actio ex testamento* la negazione porti per effetto il pagamento del doppio (21). Per contrario l'azione non ha cessato in alcun modo di valere generalmente come azione di stretto dritto, vale a dire che in essa non ha luogo il giuramento estimatorio (22); ancora essa non può intentarsi perchè si faccia la prestazione in un luogo diverso da quello, dove secondo le regole legali si può fare, anzi per questo, anche quando il testatore ha determinato il luogo, dee proporsi l'*actio arbitraria de certo loco* (23).

2.° Se il legato riguarda delle cose appartenenti allo stesso testatore, la proprietà ora passa sempre *ipso jure* nell'onorato, come per le dodici Tavole avveniva nel *legatum vindicationis*, e per conseguenza egli può rivendicarle da qualunque possessore (24), ed in ciò si ammette anche il *juramentum in litem* (25). Veramente questa conseguenza, secondo la decisione di Antonino contro i Sabiniani, presuppone che il legatario non rinunci al legato (26), ma purchè soltanto ciò non avvenga, il passaggio della proprietà nei legati non condizionali prende

(18) Caj. II. 280.

(19) Paul. III. 8. § 4. L. 34. pr. D. *de usur* (22. 1.) L. 39. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. L. 2. L. 4. C. *de usur. et fruct. legat.* (6. 47.) Confr. § 222. Nota 10.

(20) L. 2. C. *commun. de legat.* (6. 43.)

(21) Caj. II. 282.

(22) L. 6. D. *de in litem jur.* (12. 3.)

(23) L. 5. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.).

(24) L. 1. C. *comm. de legat.* (6. 43.) § 2. J. *de legat.* (2. 20.) Confr. con Ulp. XIX. 17.; Caj. II. 193. seg.; L. 1. § 2. L. 2. D. *de publ. act.* (6. 2.)

(25) L. 60. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) Confr. con L. 5. pr. D. *de in litem jur.* (12. 3.)

(26) Caj. II. 194. 195.

data fin dall' adizione dell' eredità (27), e nei condizionali dall'avverarsi della condizione (28). Nondimeno se è determinato un tempo per l'esecuzione, la vindicazione non può farsi prima di quel tempo (29). Egli è ben naturale che le accessioni e le pertinenze della cosa possano sempre rivendicarsi insiem con essa (30), i frutti però e gli utili non si possono richiedere, se non in quanto spettino al legatario, e per conseguenza tutto al più dal tempo che il gravato si trovò in mora (31).

3.° Siccome Giustiniano attribuì all' onorato un dritto di pegno legale su tutto ciò che al gravato è pervenuto dall'eredità, così il medesimo può valersi eziandio dell' *actio hypothecaria* non solo per richiedere la stessa cosa legata, allorchè questa si trova fra le cose ereditarie, ma anche per soddisfarsi sugli altri oggetti sottoposti al suo dritto di pegno (32).

4.° Trattandosi di prelegati l'erede onorato ha parimente l' *actio familiae herciscundae* per far valere il legato contro i suoi coeredi (33). Anzi i Sabiniani in tal caso non valevano ammettere che quest' azione (34), ma siffatta opinione più tardi non fu seguita (35), e secondo la disposizione di Giustiniano non può esser dubbio, che al prelegatario competevano gli stessi mezzi legali che agli altri legatarii (36).

5.° Nel *legatum nominis* incontrasi in certo modo la stessa condizione che nel legato delle cose proprie del testatore, imperocchè il legatario non solo può agire per la cessione del credito con l'*actio ex testa-*

(27) L. 7. § 5. D. *de dolo* (4. 3.) L. 44. § 1. L. 69. pr. L. 86. § 2. D. *de legat.* I. (30.). Non si oppongono L. 80. D. *de legat.* II. (31.) L. 64. (65.) D. *de furtis* (47.), le quali si debbono spiegare da ciò, che sebbene l'erede dopo l' adizione sia riguardato come proprietario dalla morte del defunto, questo nondimeno non è che una finzione.

(28) L. 66. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 12. § 2. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 1. § 4. D. *ad Sct. Sil.* (29. 5.) L. 69. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 45. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 3. § 3. C. *de commun. de legat.* (6. 43.)

(29) L. 45. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

(30) L. 14. D. *de auro leg.* (34. 2.) L. 23. § 2. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(31) L. 4. C. *de usur. et fruct. legator.* (6. 47.)

(32) L. 1. C. *comm. de leg.* (6. 43.) § 2. J. *de legat.* (2. 20) Confr. Nov. 108. c. 2. A torto *Ant. Faber.* de error. pragm. XLVIII. 9. non vuole qui ammettere l'*actio hypothecaria* contra il terzo possessore.

(33) V. § 358. Nota 68.

(34) Caj. II. 219.

(35) Theoph. II. 20. § 2.

(36) L. 1. C. *commun. de legat.* (6. 43.)

mento (37), ma secondo la disposizione di Diocleziano, anche senza cessione può pel credito legato agire *utiliter* contro il debitore (38), e

6.° Nel *legatum liberationis* finalmente il legatario non solo può istituire l'*actio ex testamento* per la liberazione formale, ma può anche immediatamente difendersi con la *exceptio* contro il credito condonatogli (39). Ma delle diverse azioni, che possono competere, il legatario non può proporne più di una in una sola volta (40), e del pari se il legatario abbia lasciato più eredi, è mestieri che si mettano d'accordo intorno all'azione da scegliere (41). Per contrario i collegatarii possono promuovere ciascuno un'azione diversa, ma solo per la parte che gli spetta (42). Nell'*actio ex testamento* il luogo, in cui si dee fare la prestazione, si determina secondo le regole ordinarie per le obbligazioni, ma la revindicazione non può farsi che nel luogo, ove la cosa effettivamente si trova, il che nondimeno per le cose mobili può evitarsi cominciando dal richiedere al possessore che presenti la cosa, e rivendicandola di poi nel luogo, ove la cosa fu presentata (43).

VII. Dritto di scelta nei legati.

§. 378. Sotto più rapporti nei legati può aver luogo una scelta.

1.° Il caso più ordinario è quando vien permesso all'onorato di scegliere tra diversi oggetti, il che addimandasi *legatum optionis* s. *electionis*, e s'intende anche quando il testatore ha legato alternativamente più oggetti, ma non ha detto chi debba scegliere (1). Il dritto di scelta è qui siffattamente personale, che non si può trasferire ad altri (2), e che se l'onorato sta sotto la potestà di un altro, non questi ma l'onorato medesimo dee far la scelta (3). Anticamente questo dritto non pas-

(37) § 21. J. *de legat.* (2. 20.) L. 39. § 3. L. 44. § 6. L. 75. § 1-3. D. *de legat.* I. (30.)

(38) L. 18. C. *de legat.* (6. 37.)

(39) § 13. J. *de legat.* (2. 20.) L. 3. § 3. L. 7. § 1. L. 25. D. *de liber. legata* (34. 3.)

(40) L. 76. § 8. D. *de legat.* II. (31.)

(41) L. 84. § 13. D. *de legat.* I. (30.)

(42) L. 33. L. 85. D. *eod.*

(43) L. 38. D. *de judic.* (5. 1.) L. 8. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. un. C. *ubi de fideic.* (3. 17.)

(1) L. 34. § 14. D. *de legat.* I. (30.) L. 23. pr. D. *de legat.* II. (31.)

(2) L. 77. D. *de R. J.* (50. 17.)

(3) L. 10. D. *de optione leg.* (33. 5.) Confr. L. 76. pr. L. 141. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

sava neppure agli eredi del legatario, e da ciò dipendeva che il deferimento di un tale legato non avea luogo se non all' adizione dell' eredità, e che non potevasi precedentemente scegliere con effetto (4). Intanto Giustiniano dichiarò ereditario il *legatum optionis*, ed in questa occasione dispose che, quando più collegatarii, o più eredi di un legatario non si potessero metter d' accordo intorno alla scelta, la sorte dovesse decider tra loro (5). Se il testatore non ha indicato alcun termine per fare la scelta, il giudice sulla richiesta delle parti può stabilirlo, e se si lascia trascorrere questo termine, il dritto al legato vien perduto, se pure il gravato non sia per tal riguardo in colpa (6). Dopo fatta una volta la scelta non si può variare (7), eccetto quando alcuno sia stato ingannato dal gravato, o abbia scelto un oggetto, al quale il suo dritto di scelta non si estendeva (8). Se si è permesso al legatario di prendere più cose di una certa specie, senza dir quante, allora egli, secondo la disposizione di Antonino, può prenderne tre (9). Ma se le cose, tra le quali il legatario può scegliere, sono indicate solamente per rapporto al genere, allora il dritto di scelta si riferisce soltanto alle cose di tal genere, che si trovano nell' eredità (10). Per verità tra queste può scegliersi anche la cosa migliore (11); ma se nell' eredità non vi son cose di tal fatta, si estingue il legato. Per poter esercitare il dritto di scelta si può obbligare altri a presentare le cose con l'*actio ad exhibendum* (12). Ma in nessun caso è permesso al legatario di prendersi una parte da ciascuna delle cose elettivamente legate in vece di scegliere (13).

2.° Nello stesso modo si procede nel così detto *legatum generis*, quando si è legata una cosa determinata solo in quanto al genere, senza dire chi debba sceglierla. Secondo il dritto antico la scelta quì era rimessa a colui, al quale eran dirette le parole della disposizione, e per conseguenza nel *legatum damnationis*, e *sinendi modo* al gravato, nel

(4) L. 16. L. 19. D. *de opt. leg.* (33. 5.)
(5) L. 3. pr. C. *comm. de legat.* (6. 43.) § 23. J. *de legat.* (2. 20.)
(6) L. 6. L. 7. L. 8. pr. L. 13. § 1. L. 17. D. *de opt. leg.* (33. 5.) L. 10. D. *ad exhibendum* (10. 4.)
(7) L. 5. pr. L. 20. D. *de opt. leg.* (33. 5.)
(8) L. 2. § 2. 3. L. 3-5. D. *eod.* L. 9. § 1. D. *de dolo* (4. 3.)
(9) L. 1. D. *de opt. leg.* (33. 5.)
(10) L. 2. § 2. L. 22. D. *eod.*
(11) L. 2. § 1. D. *eod.* Non si oppone L. 37. pr. D. *de legat.* I. (30.)
(12) L. 3. § 6. 10. L. 10. L. 12. § 2. D. *ad exhibendum* (10. 4.) L. 82. § 2. D. *de furtis* (47. 2.) L. 3. L. 4. L. 8. § 3. D. *de opt. leg.* (33. 5.)
(13) L. 8. § 2. D. *de legat.* I. (30.)

legatum vindicationis, e *praeceptionis* all' onorato (14); ma secondo la pratica più recente essa si appartiene al legatario, quando altramente non si sia detto (15). Veramente qui il dritto di scelta non è strettamente personale (16), ma dipende anche dalla condizione che le cose della specie indicata si trovino nell' eredità, altrimenti il legato si estingue (17), ed il legatario non può scegliere la cosa migliore (18).

3.° Intanto può appartenere la scelta anche al gravato. Tal' è il caso 1) quando il testatore ha voluto legare solo una cosa determinata, ma nell'eredità si trovano più cose dello stesso nome (19); 2) quando il testatore ha lasciato al gravato la facoltà di scegliere tra più cose determinate, nel qual caso, quando non siasi scelto entro il termine prescritto dal testatore, o stabilito dal giudice sulla richiesta del legatario, il dritto di scelta passa nel legatario, ma la scelta fatta una volta non si può variare (20); 3) allorchè nel *legatum generis* è lasciato al gravato il dritto di sceglier la cosa (21), nel qual caso se vi son più gravati e non si possono metter d' accordo sulla scelta, possono esser convenuti per l' interesse (22); la scelta parimenti è ristretta alle cose della specie indicata che si trovano nell'eredità, purchè l' onorato non accetti volontariamente una cosa altrui (23), e di quelle cose non si può sceglier la peggiore (24), ed oltre a ciò il gravato dee prestare una cauzione verbale per assicurare, che il legatario possa ritenere la cosa, *rem habere licere* (25); 4) quando si è permesso al gravato di scegliere l'onorato (26), il che però presuppone che siano indicate le persone tra le qua-

(14) Ulp. XXIV. 14.; L. 45. § 1. L. 108. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 2. § 1. D. *de opt. leg.* (33. 5.). I due ultimi passi sono da intendersi di un *legatum vindicationis*; la L. 45. § 1. D. cit. si applica al contrario ad un *legatum damnationis*.

(15) § 22. J. *de legatis* (2. 20.)

(16) Questo si mostra già per la distinzione che si fa nel § 22. e 23. J. *de legatis* (2. 20.) tra il *legatum generis* ed *optionis*.

(17) L. 65. pr. L. 71. pr. D. *de legatis* I. (30.) L. 36. D. *de auro leg.* (34. 2.). Non si oppone L. 13. D. *de legat.* I. (30.) la quale parla soltanto di uno spontaneo dare e ricevere una cosa altrui col consenso del proprietario, col quale il legato diviene assolutamente compiuto.

(18) L. 37. pr. D. *eod.*

(19) L. 32. § 1. L. 37. § 1. L. 39. § 6. D. *eod.*

(20) L. 84. § 9. D. *eod.* L. 11. § 1. L. 19. D. *de legat.* II. (31.)

(21) § 22. J. *de legatis* (2. 20.)

(22) L. 12. D. *de opt. leg.* (33. 5.)

(23) V. Nota 17.

(24) L. 37. pr. L. 110. D. *de legatis* I. (30.)

(25) L. 45. § 1. D. *eod.*

(26) L. 16. L. 24. L. 67. § 7. L. 77. § 4. 25. D. *de legat.* II. (31.) L. 8. § 1.

li la scelta deve aver luogo, e queste, se il gravato non ha fatta la scelta tra il termine stabilito o almeno prima della sua morte, possono anche tutte insieme, per quante ne sono tuttora in vita, richiedere il legato per dividerlo fra loro (27).

4.° Finalmente anche ad un terzo può lasciarsi dal testatore la scelta tra più oggetti o tra più onorati, e pel primo caso Giustiniano dispose, che quando il terzo entro il termine di un anno non possa o non voglia scegliere, il dritto di scelta debba passare all'onorato, ma questi in tal caso non possa scegliere la cosa migliore (28). In tutt'i casi in cui si dee scegliere tra più oggetti non si estingue il legato per la perdita di questi oggetti, se non quando non si può più averne neppur uno (29), e se gli oggetti sono di tal fatta, che il deferimento del dritto segua per essi in tempi diversi, si dee indugiare a far la scelta finchè sia avvenuto il deferimento per tutti (30). Intanto se il legatario muore prima che gli sia deferito il dritto a tutti gli oggetti, s'intende che abbia acquistato ai suoi eredi almeno il dritto su quell'oggetto che già gli si era deferito essendo in vita (31).

VIII. Differenze per rispetto agli oggetti.

1) *Legati singolari*

A. Legato di cose.

§ 379. Come divisione fondamentale dei legati ci si presenta la distinzione di *legati universali*, i quali si riferiscono a tutta quanta l'eredità o ad una quota della medesima, e di *legati singolari*, il cui oggetto

D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 57. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 46. § 5. D. *de fideicomm. lib.* (40. 5.). La nomina semplicemente alternativa di più onorati non dà al gravato alcun dritto di scelta, giacchè allora, secondo la decisione di Giustiniano, le persone onorate si debbono riguardare come copulativamente nominate L. 4. C. *de V. S.* (6. 38.)

(27) L. 24. L. 67. § 7. L. 77. § 4. D. *de legat.* II. (31.). Secondo una disposizione di Giustiniano intorno al disporre a favore di persone incerte § 316. Nota 47. ora dovrebbe essere anche permesso di lasciare generalmente al gravato la scelta dell'onorato, ma perchè allora, se egli non scegliesse, tutti gli uomini o almeno tutti quanti i cittadini dovrebbero avere un dritto al legato, così una disposizione di tal fatta sarebbe una assurdità.

(28) L. 3. § 1. C. *commun. de leg.* (6. 43.)

(29) L. 47. § 3. D. *de legat.* I. (30.)

(30) L. 14. pr. L. 16. pr. L. 25. pr. D. *quando dies* (36. 2.)

(31) L. 14. § 1. D. *eod.*

è in altra guisa determinato, e per lo più è anche una cosa singolare. E non solo nella teorica queste due principali spezie di legati in più maniere si discostano l'una dall'altra, ma dai diversi loro oggetti ne risulta eziandio un gran numero di speciali principii, per la qual cosa è mestieri che ci facciamo anche a considerare gli oggetti dei legati. Gli oggetti più ordinarii dei legati singolari sono le cose, nel che son da distinguere quattro casi principali:

1.° Il legato di cose speciali o di una parte di tali cose (1). Questo può cadere 1) *sulle cose proprie del testatore*, ed allora la proprietà passa *ipso jure* nel legatario (2), e le cose non possono essere alienate dal gravato (3). Se la proprietà del testatore si rescinde, il legato non si estingue, ma il gravato dee procurare le cose o darne il valore (4). In che modo poi fosse da regolarsi quando il testatore medesimo avesse di poi in tutto o in parte alienata o oppignorata la cosa, era controverso tra i Romani Giureconsulti. La maggior parte fra essi inclinavano a riconoscere una rivoca almeno nella spontanea alienazione o oppignorazione (5), in quanto non si fosse legata elettivamente la cosa o il suo valore (6). Ma dopo che Settimio Severo ebbe rescritto che l'oppignorazione non dovesse riguardarsi come rivoca, ma piuttosto il gravato dovesse riscattare il pegno (7), fu ammesso il principio che anche l'alienazione non fosse da riguardarsi come rivoca, se il gravato non dimostrasse una intenzione opposta, l'*animus adimendi*, e che nell'alienazione di una sola parte, anche questa pruova non fosse operativa che per la sola parte alienata (8). Al legato di cose proprie speciali appartiene anche la *manumissio testamento*, la quale, quando si è fatta condizionalmente, rende provvisoriamente lo schiavo *statuliber*, sulla qual cosa già in altra occasione se n'è detto quanto basta (9). 2.) *Sulle cose del gravato*. Qui certamente la proprietà non passa da sè nel legatario; ma il legato è valido anche quando il testatore credeva di esserne egli medesimo proprietario (10), e il gravato anche in questo caso

(1) L. 34. § 15. D. *de legat.* I. (30.)
(2) V. § 377. Nota 24.
(3) V. § 376. Nota 26.
(4) L. 78. § 1. D. *de legat.* II. (31.)
(5) Caj. II. 198.; Paul. IV. 1. § 9.; L. 8. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. § 12. D. *de legat.* III. (32.) L. 34. § 2. D. *de auro leg.* (34. 2.)
(6) L. 22. D. *de legat* II. (31.)
(7) L. 3. C. *de legat.* (6. 37.) § 12. J. *eod.* (2. 20.)
(8) § 12. J. *eod.*
(9) V. § 122. n. II. § 123. n. II.
(10) Caj. II. 210. 213.; § 4. J. *eod.* § 1. J. *de sing. reb.* (2. 24.) L. 67. § 8. D. *de legat.* II. (31.)

non può alienare la cosa legata (11). 3) *Sulle cose altrui*, le quali l'onerato dee acquistare, ovvero, quando nol può o dovrebbe pagare un prezzo sproporzionato, dee pagarne il valore secondo la stima giudiziale (12), presupposto che la cosa non sia una *res extra commercium*, ovvero una cosa dello Stato (13), e che il testatore non abbia creduto di esserne egli il proprietario, sul qual proposito nel dubbio il legatario deve dimostrare il contrario (14). Soltanto, quando i legatari sono dei parenti prossimi, non si pon mente a questo errore (15), e se il testatore ha determinato un prezzo della cosa, il gravato deve ad ogni modo impiegar questo prezzo per l'acquisto (16). 4) *Sulle cose comuni del testatore e di un altro*, nel qual caso, quando non siasi espresso il contrario, il legato non si estende che alla parte spettante al testatore, anche quando egli abbia chiamata sua la cosa (17). 5) *Sulle cose proprie del legatario*. Questo legato per regola veramente è nullo, e per effetto della regola Catoniana non si convalida neppure per la circostanza che il legatario più tardi abbia cessato di esserne il proprietario, salvo allorchè la cosa siegli stata legata condizionalmente appunto per questo caso (18). Intanto se un altro abbia dei dritti reali sulla cosa, cosicchè questa non appartenga pienamente al legatario, allora il legato è efficace nel senso che il gravato dee riscattare quei dritti (19). I principii comuni parte per tutti questi casi e parte almeno per il maggior numero di essi sono i seguenti. 1) Che, se il legatario non possa avere la cosa legata, ciò non impedisce la validità del legato, giacchè allora gli si dee dare il prezzo (20), ma 2) il legato di cose non

(11) L. 3. § 2-4. C. *commun. de legat.* (6. 43.)

(12) Caj. II. 203. 261. 262.; § 4. J. *de legat.* (2. 20.) § 1. J. *de sing. reb.* (2. 24.) L. 39. § 7. L. 71. § 3. D. *de leg.* I. (30.) L. 14. § 2. L. 30. § 6. D *de legat.* III. (32.) L. 61. D. *ad leg. falc.* (35. 2.). Nel cap. 5. X. *de testam.* (3. 26.) incontrasi l'errore quasi incredibile, che secondo il dritto Romano il legato di cose altrui abbia spogliato il proprietario della sua cosa. Veggasi intorno a ciò *Fachinaeus controv. jur.* V. 38., ove la decretale è riportata per intero.

(13) § 4. J. *de legat.* (2. 20.) L. 39. § 8-10. D. *de legat.* I. (30.) Ulp. XXIV. 8.

(14) § 4. J. cit.; Paul. IV. 1. 8- § 8. L. 21. D. *de probat.* (22. 3.) L. 67. § 8. D. *de legat.* II. (31) L. 85. D. *de legat.* III. (32.). Secondo la Nov. 112. c. 1. nel legato di cose litigiose si dee sempre presumere che il testatore si credea proprietario, e per conseguenza il legato svanisce, se gli eredi perdono la lite.

(15) L. 10. D. *de auro leg.* (34. 2.) L. 10. C. *de legat.* (6. 37.) Confr. nondimeno Nota 36)

(16) L. 32. § 1. 2. D. *de fideic. lib.* (40. 5.) L. 30. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 1.)

(17) L. 5. § 1. 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 30. § 4. D. *de legat.* III. (32.)

(18) § 10. J. *de legat.* (2. 20.) L. 41. § 2. D. *de legat.* I. (30.)

(19) L. 71. § 5. L. 86. pr, D. *eod.*

(20) L. 40. L. 114. § 5. D. *eod.*

esistenti non ha valore, se non quando si sieno legate delle cose future condizionalmente pel caso della loro esistenza (21). 3) Secondo un *Sctum Acilianum* A. di R. 875. (122. dopo Cr.) non si possono validamente legare le parti di un Edifizio separatamente da questo, nè un Edifizio a fine di demolirlo (22), salvo per opere pubbliche ad utilità del Comune ove il testatore ha il suo domicilio (23). 4) Il legare più volte la medesima cosa al medesimo onorato non gli da che una sola volta il dritto alla cosa o al suo valore (24), purchè il legato non sia stato imposto a diversi gravati senza intenzione di fare un trasferimento, *translatio* (25). Con la distruzione o con la perdita della cosa non imputabile al gravato si estingue sempre il legato, senza trasportarsi sopra un' altra cosa, che il testatore avesse per avventura acquistata in luogo di quella, mentre al contrario il gravato, il quale ha cagionato l' impossibilità di dare la cosa, è tenuto a darne il valore anche quando non gli si possa fare alcun rimprovero, come se in quel tempo non avesse avuto ancòra notizia del legato, si fa nondimeno questa distinzione, che nel caso della colpa è tenuto all' interesse del legatario, ma in altri casi dee prestare il solo valore della cosa (26). 6) Del pari si estingue il legato quando il legatario acquista gratuitamente per altra via la cosa stessa legata e non già il suo semplice valore, mentre se egli ha dato qualche cosa per ottenerla, ciò gli dev' essere rimborsato dal gravato (27). 7) In generale la cosa si dee prestare in quello stato in cui si trovava alla morte del testatore (28). In conseguenza A. il gravato non è tenuto pei difetti della cosa, neppur quando avesse assicurato che non ve ne fossero (29); B. debbono anche ristabilirsi le servitù reali del fondo legato sopra un fondo dell' erede o quelle di quest'ultimo sul fondo del testatore, le quali in seguito dell' adizione dell' eredità si erano estinte per la confusione (30); e C.

(21) § 7. J. *de legat.* (2. 20.) L. 24. pr. D. *eod.* L. 17. pr. D. *de legat.* III. (32.)
(22) L. 41. L. 42. L. 43. pr. L. 114. § 9. D. *de legat.* I. (30.)
(23) L. 41. § 5. D. *eod.*
(24) L. 34. § 1. D. *eod.*
(25) L. 53. § 2. D. *eod.*
(26) § 16. J. *eod.* L. 53. § 3-9. L. 65. § 2. D. *eod.* L. 63. L. 89. § 7. D. *de legat.* II. (31.) L. 22. § 2. D. *de legat.* III. (32.)
(27) § 6. 9. J, *eod.* L. 34. § 1. 7. 8. D. *de legat.* I. (30.). Non si oppone L. 108. § 1. D. *eod.*
(28) L. 45. § 2. L. 56. L. 84. § 4. L. 116. § 4. D. *eod.* L. 65. § 1. D. *de usufructu* (7. 1.)
(29) L. 56. D. *de legat.* I. (30.). La cosa è diversa pel *legatum generis* L. 45. § 11. D. *eod.*
(30) L. 70. § 1. L. 84. § 4. L. 116. § 4. D. *eod.* L. 18. pr. D. *de servit.* (8. 1.)

il legatario dee patire le servitù reali ed altri pesi imposti sul fondo legato (31). D. Nondimeno la cosa va altrimenti per rispetto alle servitù personali, che il gravato dee sempre riscattare (32), come pure E. per rispetto ai dritti di pegno, pei quali si distingue se il testatore li conosceva o no, giacchè se dall'una o dall'altra parte non si dimostri una volontà contraria del testatore, colpiscono il legatario solo quei dritti di pegno che erano ignoti al testatore, ma al contrario il gravato deve riscattare quei dritti di pegno che il testatore conosceva, anche quando lo stesso creditore pignoratizio fosse il legatario (33), e se il creditore avesse di già venduta la cosa, è tenuto o a riacquistare la cosa, o a prestarne il valore (34). 8) Per regola il gravato non è tenuto a prestar l'evizione(35), neppure pei legati a favore di stretti parenti (36), salvo quando a costoro non siasi lasciato che la sola legittima (37). Nondimeno s'intende da sè che, quando il gravato nei casi in cui era tenuto a comprare la cosa altrui, o a riscattare i dritti che un terzo vi avea sopra, da la cosa senza aver fatto ciò, ed in conseguenza ne segue l'evizione, gli può esser domandato che riacquisti la cosa, ovvero ne paghi il valore, perchè in questi casi egli non ha pienamente adempiuta la sua obbligazione (38). Se più cose determinate sono state legate elettivamente, allora naturalmente dee determinarsi prima di tutto secondo le regole sul dritto di scelta nei legati, qual cosa si debba dare; ma fatta una volta la scelta allora si debbono applicare quei principii, che sarebbero stati applicabili, se la cosa scelta fosse stata essa sola legata (39).

(31) L. 69. § 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 66. § 6. L. 76. § 2. D. *de legat.* II. (31.)

(32) L. 26. L. 66. § 6. L. 76. § 2. D. *eod.*

(33) § 5. J. *de legat.* (2. 20.) L. 57. D. *de legat.* I. (30.) L. 15. D. *de dote prae leg.* (33. 4.) L. 6. C. *de fideicomm.* (6. 42.)

(34) L. 6. C. cit.

(35) Imperocchè se il testatore ha per errore legato la cosa altrui, quest'atto è certamente nullo V. Nota 14.

(36) L. 77. § 8. D. *de legat.* II. (31.) L. 36. § 1. D. *de usufr. leg.* (33. 2.). Questo è affatto strano, imperocchè qui sussiste il legato, sebbene il testatore abbia errato sulla proprietà della cosa, e però ad ogni modo il gravato dee dare la cosa quando il può V. Nota 15.

(37) L. 36. pr. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(38) Si potrebbe in certo modo allegar come eccezione anche il caso, in cui il gravato ha data un'altra cosa in vece di quella che era stata legata, e quella è stata evinta. Ma qui ancora il legatario ha acquistato la cosa ricevuta come in transazione, e quindi a titolo oneroso.

(39) Segnatamente anche qui per le cose proprie del testatore, dopo la scelta, la proprietà passa nel legatario L. 31. § 14. D. *de legat.* I. (30.) L. 23. pr. D. *de legat.* II. (31.)

2.° Il legato di cose singole determinate solo in *quanto al genere*, *legatum generis*, il quale non è valido se non quando si trovino nell'eredità cose del genere nominato (40), nel che parimenti sono da applicare le regole intorno al dritto di scegliere (41). Dopo fatta la scelta anche qui la proprietà passa per sè stessa nel legatario (42), e se la cosa data sia evinta, se ne dee dare un'altra, purchè il legatario prima della contestazione della lite abbia denunziato la lite al gravato (43); inoltre il gravato è responsabile per le qualità che ha assicurate, e trattandosi di schiavi è anche tenuto a dare una cauzione per assicurare che lo schiavo scelto non sia un ladro, e non sia colpito da alcun'azione noxale (44).

3.° *Il legato di una quantità di cose fungibili.* Per verità se questo legato 1) riguarda una massa di cose fungibili individualmente determinata, allora si procede perfettamente come pel legato di cose speciali, e quando anche il testatore avesse indicata una quantità maggiore di quella che nella massa si contiene, il legatario non riceve niente di più di quel che effettivamente vi si trova (45), 2) Se son legate cose fungibili senza indicazione della quantità, vi abbia o non vi abbia il testatore aggiunto le parole « *dalle sue cose* » , il legato non si riferisce se non a quelle cose della specie indicata che si trovano nell'eredità (46), ma d' altra parte tutte queste cose debbono esser date , imperocchè l'opinione di Trebazio, che si debba lasciare all' erede la facoltà di dare quanto ei voglia non fu seguita (47). Soltanto , il legatario non ha alcun dritto a quelle cose che il testatore potea semplicemente domandare, ma che di già non gli appartenevano (48). Nello stesso modo 3) si procede quando si è permesso al legatario di prendersi una data quantità di cose fungibili di una determinata specie , nel qual caso parimenti ciò non può cadere che sulle cose della specie indicata che si

(40) L. 65. pr. L. 71. pr. D. *de legat.* I. (30.)

(41) V. § 378.

(42) Anche il *legatum generis*, secondo il dritto antico poteva essere un *legatum vindicationis* L. 65. pr. D. *eod.* e la L. 1. C. *comm. de legat.* (6. 43.) dà la vindicazione così generalmente, che si deve ammettere per tutte le cose appartenenti al testatore.

(43) L. 58. D. *de evict.* (21. 2.) L. 29. § 3. D. *de legat.* III. (32.) Confr. § 280. Nota 46.

(44) L. 45. § 1. D. *de legat.* I. (30.)

(45) L. 34. § 4. L. 51. L. 108. § 10. D. *eod.* L. 8. L. 15. D. *de trit. leg.* (33. 6.)

(46) L. 1. L. 2. pr. L. 7. pr. L. 9. L. 10. L. 16. D. *de trit. leg.* (33. 6.) L. 85. D. *de legat.* III. (32.)

(47) L. 7. pr. D. *de tritico legato* (33. 6.)

(48) L. 34. pr. D. *de auro leg.* (34. 2.)

trovano nell' eredità, ma l' erede può esser costretto con l' *actio ad exhibendum* a presentare queste cose per osservarle e farne la scelta (49). Del resto in tutti e tre questi casi, se trattasi di liquidi, debbono insieme consegnarsi i vasi o le botti, nelle quali son conservati, purchè queste non sieno pertinenze della casa, come le grosse botti di un cellajo (50). 4) Ma se siasi semplicemente legata una quantità assolutamente o relativamente determinata di cose fungibili di una certa specie, allora queste si debbono ad ogni modo procurare (51), presupposto però che questa specie di cose esista in generale (52), e si debbono anche consegnar più volte, se la medesima quantità sia stata ripetutamente legata (53). Se delle cose della specie legata vi sieno più sorte o qualità, la scelta si appartiene al gravato (54); salvo se il testatore avesse anche indicata la qualità, ed in questo caso il legatario deve aspettare, se occorre, finchè possa esser consegnata una quantità sufficiente di questa qualità, e non riceve nulla quando non se ne può aver nulla (55), il che nondimeno non si estende al caso che il testatore abbia semplicemente indicato onde il gravato abbia a prendere i mezzi per l'esecuzione del legato, come l' indicazione dei mezzi di pagamento nei legati di danaro, nel dubbio, si suol ritenere; giacchè per questo l'adempimento del legato non dipende dall' esistenza o dall' attuabilità di questi mezzi (56), nondimeno, allorchè questi mezzi debbono aver luogo posteriormente, il gravato può fino a quel tempo differirne l' adempimento (57). Quando il legato di cose fungibili riguarda cose dell'eredità, secondo il dritto antico potevasi applicare anche la forma del *legatum vindicationis*; ed allora la proprietà passava nel legatario al tempo dell'adizione dell'eredità, o se si dovea fare una scelta, al tempo che questa si faceva (58), e da ciò segue che nelle indicate circostanze ora la proprietà passa sempre *ipso jure* nel legatario (59).

(49) L. 2. § 1. D. *de trit. leg.* (33. 6.)

(50) L. 3. § 1. L. 14. L. 15. D. *eod.* L. 3. § 11. L. 4. pr. D. *de penu legata* (33. 9.)

(51) L. 3. pr. L. 13. D. *de trit. leg.* (33. 6.) L. 12. pr. L. 43. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 88. D. *de V. S.* (50. 16.)

(52) L. 5. L. 7. § 1. D. *de trit. leg.* (33. 6.)

(53) L. 12. D. *de probat.* (22. 3.) L. 34. § 3. 6. L. 113. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 44. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

(54) L. 4. D. *de trit. leg.* (33. 6.)

(55) L. 17. § 1. D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 13. D. *de trit. leg.* (33. 6.)

(56) L. 96. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 27. § 2. D. *de legat.* III. (32.)

(57) L. 26. pr. D. *quando dos.* (36. 2.)

(58) Caj. II. 196. Ulp. XXIV. 7.

(59) L. 1. C. *commun. de legat.* 6. 43.)

4.° *Il legato di un complesso di cose, legatum universitatis rerum*, nel quale parimenti, quando sieno cose ereditarie, il passaggio della proprietà nel legatario si regola secondo principii eguali (60). Ciò che in questo caso 1) si dee comprendere nel legato complessivo dee determinarsi non solamente secondo la propria significazione dell'indicazione adoperata, ma ancora secondo l'uso del linguaggio del luogo o del testatore (61). 2) Quando non si sia precisamente dichiarato, o non si faccia aperto dalle circostanze, che il testatore volle legare precisamente ciò che al tempo della formazione del testamento si conteneva in quel complesso (62), dee riguardarsi come legato ciò, che alla sua morte vi si trova compreso (63), e ciò solamente in quanto non vi sia entrato solamente per caso e per uno scopo transitorio (64), mentre al contrario ciò che n' è uscito solo temporaneamente va parimente compreso nel legato (65). 3) Finchè rimane anche una sola parte del complesso, questa almeno debb'esser data (66); ma se il complesso soltanto come pertinenza di un' altra cosa siesi legata insieme con questa, allora se la cosa principale è perita o è stata alienata dal testatore, si estingue il il legato (67). 4) Se alcuno leghi tutte le sue cose di una determinata specie, il legato comprende anche quelle cose della detta specie, sulle quali egli abbia un dritto di comproprietà, per quel che gli appartiene, ma non già anche quelle cose, sulle quali non ha che un dritto di pegno o una servitù (68), o le quali sono state acquistate a fine di farne commercio (69), nè quelle, che un altro gli deve (70). 5) Inoltre se si son

(60) Imperocchè anche questo legato, secondo il dritto antico, poteva essere un *legatum vindicationis*, anzi d'ordinario era tale, essendochè in esso per regola, i Giureconsulti classici adoperano la formola *do lego* V. ancora § 18. J. *de legatis* (2. 20.) L. 22. D. *de legat.* II. (31.)

(61) L. 69. § 1. L. 75. L. 76. D. *de legat.* III. (32.) L. 7. § 2. L. 8. L. 10. D. *de suppell. leg.* (33. 10.)

(62) L. 7. L. 40. pr. D. *de auro legato* (34. 2.)

(63) § 18. J. *de legatis* (2. 20.) L. 21. D. *de legatis* I. (30.) L. 28. D. *quando dies* 36. 2.) L. 6. pr. L. 32. § 8. 9. L. 34. § 2. D. *de auro leg.* (34. 2.)

(64) L. 41. § 6. L. 44. L. 73. § 4. L. 79. § 1. L. 86. L. 92. D. *de legat.* III. (32.) L. 32. § 2. 3. D. *de usu legato* (33. 2.) L. 18. § 12. D. *de instr. leg.* (33. 7.) L. 2. C. *de V. S.* (6. 38.)

(65) L. 20. § 6. 18. D. *de instr. leg.* (33. 7.) L. 86. D. *de legat.* III. (32.)

(66) § 18. J. *de legat.* (2. 20.) L. 22. D. *de legat.* I. (30.)

(67) § 17. J. *eod.* L. 1. § 1. D. *de instr. leg.* (33. 7.) L. 1. L. 2. D. *de pecul. leg.* (33. 8.). Non si oppongono L. 3. L. 4. D. *eod.*

(68) L. 71-74. D. *de legat.* III. (32.) L. 9. § 2. D. *de suppell. leg.* (33. 10.)

(69) L. 73. § 4. D. *de legat.* III. (32.) Confr. Nota 64.

(70) L. 27. § 2. D. *de auro leg.* (34. 2.)

legate tutte le cose che si trovano in un determinato luogo, allora ne sono esclusi i titoli di credito, che quivi si trovano, imperocchè essi non si considerano come cose (71); e 6) se un testatore ha legato alcune cose acquistate per sè o per altri, non appartiene al legatario se non ciò che effettivamente vivendo il testatore si era già comperato ed esisteva ancora alla sua morte, e non già quel che erasi soltanto stabilito, o che era stato nuovamente alienato (72).

Continuazione.

§ 380. Alle predette regole generali intorno al legato complessivo si aggiunge anche una moltitudine di disposizioni speciali e di regole d' interpetrazione pei singoli casi, le quali però debbono usarsi con molto accorgimento, imperocchè per la maggior parte son semplici deduzioni dall'uso del linguaggio Romano. I casi principali, ai quali siffatti principii speciali si riferiscono sono:

1.° Il *legatum fundus vel domus cum omnibus ibi repertis*, il quale comprende non solamente tutte le cose del testatore che alla sua morte si trovavano sul fondo legato, eccetto i titoli creditorii, ma anche le cose che vi appartenevano e che temporaneamente ne erano state separate (1).

2.° Il *legatum fundi instructi s. cum instrumento* (2), cioè il legato di un fondo con l'istrumento, *instrumentum, dos praedii*, ἐν θήκαι sotto di cui va compreso qui tutto ciò che serve alla coltivazione del medesimo (3), gli schiavi, gli animali da tiro e da soma, il bestiame ed altri animali che hanno relazione colla coltura (4), le masserizie inservienti al comodo o all' uso del padrone (5), comprese quelle cose determinatamente acquistate per la caccia e per la pesca (6), e le provigioni destinate per l'uso del fondo (7),

(71) L. 86. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 18. § 14. D. *de instr. leg.* (33. 7.)

(72) L. 2. L. 4. L. 5. L. 34. § 2. D. *de auro leg.* (34. 2.)

(1) L. 18. § 12-14. L. 20. § 6. 8. L. 27. § 1. D. *de instr. leg.* (33. 7.). Ma in rapporto alle scritture di obbligo s' incontra nuovamente una eccezione allorchè si sono insieme legati dei crediti *kalendarium* L. 6. D. *eod.*

(2) L. 1. L. 2. § 1. L. 5. D. *eod.* § 17. J. *de legat.* (2. 20.)

(3) L. 1. § 2. L. 8. L. 12. pr. D. *eod.* L. 2. C. *de V. S.* (6. 38.)

(4) L. 4. L. 9-11. L. 12. § 2-9. D. *eod.* L. 2. C. cit.

(5) L. 8. L. 12. § 1. 10. 11. 28-35. 41. 42. L. 26. § 1. D. *eod.*

(6) L. 12. § 12. 13 L. 17. § 1. D. *eod.*

(7) L. 12. pr. § 39. L. 18. § 9. D. *eod.*

nondimeno se il fondo è stato dato in locazione non van comprese queste cose se non per quanto appartengano al locatore, salvo quando tutti gli oggetti che guarniscono il fondo appartengono al conduttore, nel qual caso il gravato deve comprarli o darne il valore (8).

3.° Il *legatum domus instructae*, il quale parimenti comprende tutte le cose che servono all' uso della casa, ma non già anche le mercanzie ed altre provigioni (9).

4.° Il *legatum navis instructae*, nel quale si dee consegnare tutto ciò che si trova nella nave insieme cogli schifi (10).

5.° Il *legatum instrumenti fundi vel domus*, nel quale ciò che serve a guarnire la casa o il fondo vien preso in senso alquanto più ristretto che se fosse stato legato insieme col fondo; imperocchè l' *istrumentum fundi* qui non comprende le masserizie di casa (11), e neppure ciò che era destinato per l'uso del padrone (12), e l'*instrumentum domus* qui non comprende quelle cose che si trovano nella casa solo per ornamento e diletto (13).

6.° Il *legatum penus*, il quale si estende a tutto ciò che immediatamente è destinato al consumo ed all' uso domestico e per conseguenza si estende alle provigioni di commestibili e di liquori (14), ai foraggi (15), alle legna ed ai carboni (16), ed altre provviste pei bisogni della casa come, lucerne, unguenti, profumi, tavole incerate, ed altri materiali da scrivere (17), ma non si estende anche alle cose di questa specie destinate a vendersi (18). Se queste cose si trovino in recipienti, che non son pertinenze della casa, debbono esser consegnate insieme con esse (19), e se non si sono espressamente legate solamente quelle cose della predetta specie che si trovano in un determinato luogo, bisogna consegnar tutte quelle, che il testatore in qualsivoglia luogo avea (20).

7.° Il *legatum suppellectilis*, cioè il legato delle proprie masserizie

(8) L. 24. D. *eod.*
(9) L. 12. § 43. L. 15. § 1. D. *eod.*
(10) L. 29. D. *eod.*
(11) L. 12. § 15. L. 16. pr. D. *eod.* Conf. con L. 12. § 28. D. *eod.*
(12) L. 12. § 27. D. *eod.*
(13) L. 12. § 16-26. D. *eod.*
(14) L. 3 pr. § 1-6. 8. L. 5. D. *de penu leg.* (33. 9.)
(15) L. 3. § 7. D. *eod.*
(16) L. 3. § 10. D. *eod.*
(17) L. 3. § 10. 11. D. *eod.*
(18) L. 4. § 2. D. *eod.*
(19) L. 3. § 11. L. 4. pr. D. *eod.*
(20) L. 4. § 4. 5. L. 7. D. *eod.*

di casa (21) ad esclusione degli istrumenti rustici, degli animali, del vasellame d'oro o d'argento, delle vesti, delle opere d'arte, delle cose preziose, ed ornamenti di gioje, dei libri, e delle cose consumabili che appartengono al *poenus* (22). Non si ha riguardo al valore delle cose, ed anche oggetti d'oro o d'argento, avuto riguardo al loro scopo, possono far parte delle masserizie di casa (23), tra le quali son compresi eziandio i cocchi e le portantine (24). Se è manifesto che il testatore abbia inteso comprendervi delle cose che altrimenti non apparterrebbero ai mobili di casa, anche a queste debbesi estendere il legato (25); ma in mancanza di una più precisa determinazione, non si dev' estendere se non a quei mobili, che ognuno suole avere pel bisogno giornaliero, e però se ne debbono escludere quegli oggetti, che il testatore si avea procurati per suoi speciali rapporti, o soltanto per ornamento e diletto (26).

8.° Il *legatum auri vel argenti*, il quale, se è disposto senza alcuna limitazione, comprende tutto l'oro e l'argento del testatore lavorato o non lavorato, eccetto solo il danaro contante (27), le masserizie d'oro o di argento, e gli ornamenti d'oro e di argento destinati ad altre cose (28), ma insieme con le cose d'oro e di argento vanno anche quelle altre cose che con esse son congiunte come parti (29). Se si è legata soltanto una quantità d'oro o di argento, allora si applicano le regole sulle quantità legate (30); ma se si è legato un peso determinato di oro o d'argento lavorato, il legatario non ha dritto a pretendere la soddisfazione del legato se non dagli oggetti d' oro o d' argento che si trovano nell'eredità, e fino al peso dovuto, nel che non si prendono in considerazione anche gli oggetti rotti, ed il legatario anche quando la scelta appartiene a lui non può separare i vasi che formano una collezione (31). Da ultimo se si è legato l'oro o l'argento coniato, allora si

(21) L. 1. L. 3. L. 5. L. 7. § 1. D. *de supell. leg.* (33. 10.)
(22) L. 1. L. 2. L. 6. § 1. L. 7. § 1. D. *eod.*
(23) L. 3. § 2-5. L. 7. § 1. L. 9. § 1. D. *eod.* L. 19. § 7. D. *de auro leg.* (34. 2.)
(24) L. 4. D. *de supell. leg.* (33. 10.)
(25) L. 7. § 2. L. 8. L. 10. D. *eod.*
(26) L. 6. pr. L. 7. § 1. L. 11. D. *eod.*
(27) L. 19. pr. L. 27. § 1. 4. D. *de auro leg.* (34. 2.) Confr. con L. 28. D. *eod.*
(28) L. 19. § 6. 8. 9. L. 27. § 5. D. *eod.*
(29) L. 19. § 4. 5. 20. L. 27. § 6. L. 29. D. *eod.*
(30) L. 1. § 1. L. 19. § 1. 35. D. *eod.*
(31) L. 19. § 2. 3. L. 27. § 3. D. *eod.*

debbono dare oltre del danaro di uso anche le monete che non sono in corso, come pure le medaglie (32). Ma in nessun caso appartiene al legatario ciò che il testatore dovea avere da altri (33).

9.° *legatum vestium* s. *vestimentorum*, il quale oltre alle vesti di ogni maniera (34) comprende ancora non solamente i tappeti, le coperte e i veli per mobili ed altre cose (35), ma ancora tutte le tele già finite quando anche non sieno state ancora tagliate dal telajo (36).

10.° Il *legatum ornamentorum*, nel quale si comprendono soltanto gli ornamenti di cui realmente si fa uso ma non già le perle sciolte le pietre preziose ed altre cose simili non ancora adoperate (37).

11.° Il *legatum mundi*, il quale comprende solo gli oggetti che servono alla nettezza ed alla cura della persona (38).

12.° Il *legatum unguentorum*, il quale comprende gli unguenti, gli olii, le pomate, le acque odorose, ed altre cose di tal fatta, delle quali il testatore si serviva pel diletto, per la nettezza del corpo, o per la sanità (39).

13.° Il *legatum lini*, il quale comprende tutti gli oggetti di lino e tutte le telerie del testatore, senza distinzione di colore (40).

14.° Al contrario il *legatum lanae* comprende solo gli oggetti di lana non colorati nè cuciti, e la lana grezza, ma non già anche il vello delle pecore (41).

B. Legato di dritti reali.

§ 381. Un secondo oggetto principale dei legati si compone dei dritti reali sulle cose; infatti:

1.° Le *superficies* si possono legare in due guise, giacchè non solo può avvenire 1) che il proprietario di un fondo per mezzo di un legato stabilisca una *superficies* sul medesimo (1), ma 2) può anche avvenire

(32) L. 27. § 4. D. *eod.*
(33) L. 27. § 2. D. *eod.*
(34) L. 23. L. 24. L. 25. pr. § 1-9. L. 26. L. 33. D. *eod.*
(35) L. 23. § 1. L. 25. § 1-3. D. *eod.*
(36) L. 22. D. *eod.*
(37) L. 25. § 10. 11. L. 26. L. 37. L. 40. § 2. D. *eod.*
(38) L. 8. L. 25. § 10. L. 32. § 7. L. 39. pr. D. *eod.*
(39) L. 21. § 1. L. 25. § 12. D. *eod.*
(40) L. 70. § 11. 12. D. *de legat.* III. (32.)
(41) L. 70. pr. § 1-10. D. *eod.*
(1) L. 1. § 7. D. *de superfic.* (43. 18)

che un superficiario leghi ad un altro il suo dritto, nel qual caso gli eredi debbono pagare il *solarium* arretrato (2).

2.° L'enfiteusi può solo formar l'oggetto di un legato in questa seconda maniera (3), nel qual caso gli eredi parimenti debbono soddisfare i canoni arretrati(4),ma il legatario deve pagare il *laudemium*(5).

3.° Per contrario il legato di un dritto di pegno non può riguardar mai la trasmissione di un dritto di pegno esistente, ma solo lo stabilimento di un nuovo dritto di pegno sulle cose del testatore o dell'erede, e si aggiugne che questo legato fu la prima volta riconosciuto dalle costituzioni Imperiali e segnatamente di Settimio Severo(6). Allorchè questo dritto di pegno assicura un credito, pel quale gli eredi gravati anche senza di ciò sarebbero responsabili, nel rapporto colla quarta falcidia debb'essere annoverato tra i legati senza valore pecuniario; ma se gli eredi per questo legato possono effettivamente perder qualche cosa, come quando l'eppignorazione fu fatta per un debito altrui, o quando ha per oggetto le cose proprie di uno fra più coeredi, sono qui applicabili i principii sopra i legati condizionali (7).

4. Del pari il legato di una servitù non può riguardare che lo stabilimento della medesima 1). Ed in tal rapporto le servitù reali naturalmente presuppongono che il legatario abbia o acquisti un fondo, al quale la servitù possa esser dovuta, e se il futuro *praedium dominans* appartiene a più persone, la servitù dev'esser legata a tutte, imperocchè un acquisto parziale di una servitù reale non può aver luogo (8). Ma in questa presupposizione la servitù su i fondi proprii del testatore prende origine anche *ipso jure* col deferimento del legato, il quale, se non vi sia aggiunta alcuna condizione, avviene al tempo stesso della morte del testatore (9). E però qui il legatario può rivendicare im-

(2) L. 39. § 2. D. *de legat.* I. (30.)

(3) L. 71. § 6. D. *eod.* Se sia costituita una enfiteusi mediante un legato, l'erede deve primamente conchiudere il necessario contratto enfiteutico, e quindi il legato contiene una *obligatio heredis*, la quale cade sotto un altro punto di vista (§ 385.), ma in questo caso non si costituisce immediatamente il dritto reale.

(4) L. 39. § 5. D. *eod.*

(5) Imperocchè secondo la L. 3. C. *de jure emphyt.* (4. 66.) il nuovo proprietario deve pagare il *laudemium*.

(6) L. 26, pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 9. D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 12. D. *de alim. leg.* (34. 1.) L. 1. C. *commun. de legat.* (6. 43.)

(7) V. § 373. Nota 78.

(8) L. 2. L. 3. L. 5. D. *de serv. legata* (33. 3.) L. 11. D. *de servitut.* (8. 1.) L. 18. D. *comm. praed.* (8. 4.) L. 49. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 140. § 2. D. *de* V. O. (45. 1.)

(9) L. 3. L. 6. D. *de serv. leg.* (33. 3.) L. 5. § 1. D. *quando dies* (36. 2.)

mediatamente la servitù, cioè farla valere mediante *l'actio confessoria* (10) mentre al contrario nel legato di una servitù sopra fondi altrui non si può applicare che l'*actio ex testamento*, imperocchè qui gli eredi debbono in prima comperar la servitù. Se son più i gravati, tutti son tenuti solidalmente (11). In alcuni casi una servitù reale si ritiene come tacitamente legata: A. quando il testatore avendo in un modo corrispondente ad una servitù usato di un fondo a benefizio di un altro fondo, ha legato quest'ultimo, nel qual caso il legatario ritiene quell'uso come servitù, anche quando il fondo serviente non rimanesse all'erede ma fosse del pari legato ad un altro (12); B. quando è necessario lo stabilimento di una servitù di passaggio per andare ad un fondo legato, nel qual caso gli eredi sono anche tenuti di procurare il passaggio necessario (13), e C. quando gli eredi potrebbero torre la luce ad una casa legata, nel qual caso il legatario riceve insieme la *servitus ne luminibus officiatur* (14). Per la stima del legato di servitù reali non vi ha regole speciali, ma questo legato si dee ad ogni modo valutare per un prezzo (15). 2) Le servitù personali per verità non dipendono dalla condizione del possesso di fondi da parte del legatario; ma al contrario questi dee sopravvivere all'adizione dell'eredità, imperocchè il deferimento del legato non avviene che nel momento dell'adizione (16), sebbene Labeone fosse di altro avviso, e volesse che, come negli altri legati, si riguardasse solo la morte del testatore (17). Le servitù personali possono stabilirsi mediante legato in tre modi: A. legando la proprietà di una cosa e riserbando agli eredi una servitù personale sopra di essa (18), ovvero viceversa B. lasciando la proprietà agli eredi, e legando ad un altro una servitù personale sulla cosa (19), ovvero C. legando ad uno la proprietà di una cosa, e ad un altro una servitù per-

(10) L. 3. L. 7. D. *de serv. leg.* (33. 3.)

(11) L. 7. D. *eod.* L. 80. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(12) L. 1. L. 3. L. 4. D. *de servit. leg.* (33. 3.)

(13) L. 44. § 9. D. *de legat.* I. (30.) L. 15. § 1. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 1. § 3. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 2. § 2. D. *si servit.* (8. 5.)

(14) L. 10. D. *de serv. praed. urb.* (8. 2.) L. 30. D. *de usufr.* (7. 1.)

(15) L. 80. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(16) L. 2. L. 3. L. 5. § 1. L. 9. L. 14. pr. § 1. D. *quando dies* (36. 2.) L. 7. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 18. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. un. § 2-4. D. *quando dies ususfr. legati cedat.* (7. 3.) Fragm. Vat. § 44. 60. 62.

(17) Fragm. Vat. § 60.

(18) § 1. J. *de usufr.* (2. 4.) L. 6. pr. D. *eod.* (7. 1.) L. 1. § 4. L. 2. L. 3. pr. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.) L. 26. pr. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(19) § 1. J. cit.

sonale sulla medesima, ed in quest'ultimo caso, quando il testatore non abbia disposto il contrario, partecipa della servitù anche colui che ottiene la proprietà (20). Tra più collegatarii qui ha luogo il dritto di accrescimento non solamente quando alcuno non acquista la sua parte, ma anche quando alcuno viene di poi a mancare, nel qual caso il suo dritto passa negli altri, cosicchè la servitù rimane in tutta la sua estensione, finchè non venga a mancare anche l'ultimo (21), ed è anche più singolare che anche colui, il quale restò soccumbente nel domandare la sua parte, al mancare degli altri, per rapporto alle parti di costoro può di nuovo far valere il suo dritto fondato sul legato, senza che gli faccia ostacolo l'*exceptio rei judicatae* (22). Ma questo non vale anche per gli eredi, ai quali sia semplicemente riserbata la servitù, giacchè in ciò non son riguardati come legatarii, e però non godono del dritto di accrescimento, ma come uno di essi viene a morire, quegli, al quale è stata legata la proprietà, entra incontanente a godere nel suo luogo (23). Se sia stata legata una servitù sulle cose proprie del testatore, allora questa si può direttamente far valere contro ognuno con l'*actio confessoria*, il che veramente, secondo il dritto antico, non poteva aver luogo che nel *legatum vindicationis* (24); ma con l'*actio ex testamento* si può anche domandare agli eredi gravati che procurino la cosa e la lascino godere (25), e pei fondi debbono oltre a ciò gli eredi prestare il passaggio necessario (26). Per la stima del legato è da vedere a quanto ammonti l'annuale ritratto della servitù. Quindi, se la servitù è costituita per un determinato numero di anni, siccome può avvenire (27), allora tutta l'entrata di questi anni costituisce il valore del legato; ma se la servitù si è costituita per tutta la vita, deve determinarsi quanti

(20) § 1. J. cit. L. 19. L. 26. § 1. D. *de usufr. leg.* (33. 2.) L. 9. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.) L. 6. pr. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5.)

(21) L. 1. § 1. 3. L. 3. § 2. D. *de usufr. accresc.* (7, 2.) Paul. S. R. III. 6. § 26

(22) L. 33. § 1. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 10. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.) L. 14. § 1. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.)

(23) L. 1. § 4. L. 2. L. 3. pr. L. 6. § 1. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.). Allorchè il legatario deve avere la proprietà dopo un tempo determinato, s'intende da sè che fino a quel punto gli eredi del morto erede conservano il godimento *jure dominii* L. 26. pr. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(24) Fragm. Vat. § 52. Paul. S. R. III. 6. § 17.

(25) L. 3. pr. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 6. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) Paul. l. c.

(26) Fragm. Vat. § 54. L. 15. § 1. D. *eod.* L. 1. § 2. 3. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 41. pr. D. *de serv. praed. urb.* (8. 2.) L. 2. § 2. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(27) Fragm. Vat. § 48. 52. L. 6. L. 35. L. 36. L. 37. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) Paul. III. 6. § 33.

anni probabilmente possa vivere ancora il legatario, ed in ciò pei legatarii al di sotto dei trent'anni la presunzione di vita si estende a trent'anni, pei legatarii di età più avvanzata si estende a tanti anni quanti ne mancano per giungere ai sessanta, e pei legatarii che già avessero sessant'anni non si estende oltre a cinque anni (28). Non per tanto se la servitù non deve cominciare che dopo un tempo determinato, l' erede anche qui deve imputare nella sua quarta ciò che fino a quel punto ha percepito (29), e del pari, quando la servitù non si può esercitare che periodicamente, deve imputare il ritratto del tempo intermedio che a lui appartiene (30). Secondo la regola : *servitus servitutis non datur* non si dà alcuna vera servitù personale quando vien legato l'uso o l'usufrutto di una servitù reale esistente; nondimeno l' erede deve assicurare al legatario il godimento di siffatta servitù sua vita durante (31). Se il testatore è semplicemente comproprietario della cosa, sulla quale ha legato l' usufrutto, allora ne risulta la servitù sulla sola sua parte ideale, ma su questa la servitù continua anche quando di poi sia seguita una divisione reale (32), e se il legato riguarda cose consumabili, allora si applicano, come da sè s' intende, i principii sul quasi *ususfructus* (33). Per la natura transitoria delle servitù personali possono le medesime legarsi anche successivamente a più persone, cosicchè debba subentrare un nuovo legatario, quando il primo sia morto o in altra guisa abbia perduta la servitù (34). In ciò non vi è nè una sostituzione propria, nè un fedecommesso imposto al primo legatario, sebbene anche un tal fedecommesso possa qui aver luogo (35), ma il legatario posteriore consegue un legato che sta da sè, sebbene sia condizionale, il quale gli vien dato immediatamente dagli eredi, e però costoro possono

(28) L. 68. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.). Se vi sono dei collegatarii, allora naturalmente si dee por mente all'età del più giovane, imperciocchè uno soltanto in fine conserva il godimento (Nota 21.), e secondo la computazione verisimile questi sarà sempre il più giovane. È meraviglioso che secondo la L. 68. pr. D. cit. anche nel *legatum ususfructus* fatto ad una persona giuridica debba computarsi soltanto una durata di trent'anni, sebbene qui l' usufrutto effettivamente duri cento anni V, § 181. n. IV.

(29) L, 7. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(30) L. un. pr. § 1. D. *quando dies ususfr. leg. ced.* (7. 3.) L. 13. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) Fragm. Vat. § 68.

(31) L. 1. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(32) L. 31. D. *eod.*

(33) Ulp. XXIV. 26. 27. V. § 183. n. 2.

(34) L. 5. pr. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.)

(35) L. 4. L. 29. § 2. D. *eod.* L. 9. pr. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.) L. 29. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

anche dedurne la quarta. Anzi si può alla medesima persona legar di nuovo la medesima servitù pel caso che la venisse a perdere, nel qual rincontro le appartiene nuovamente un dritto alla servitù (36).

C. Legato di crediti e debiti.

§ 382. Un altro oggetto dei legati sono i rapporti di obbligazione, e questi possono far materia di un legato in tre guise, come *legatum nominis*, come *legatum liberationis*, e come *legatum debiti*.

1.° Il *legatum nominis* è il legato di un credito, il quale si presume anche quando si lega soltanto la scrittura di obbligo riguardante un credito (1). Con ciò l'erede è obbligato a cedere il credito (2), sebbene il legatario possa riscuoterlo con azione utile anche senza cessione, quando non siasi già intentata l'azione contro il debitore, nel qual caso, secondo la disposizione di Graziano, non è ammessa neppure la cessione, ma l'erede deve pagarne l'ammontare (3). Se il credito non esiste, il legato è invalido, e l'erede non è tenuto a pagarne la somma, anche quando dal testatore sia stata indicata una somma, e se il testatore abbia riscosso o rimesso il debito, il legato si estingue, eccetto che non risulti dalle circostanze una volontà contraria del testatore (5). Pel computo della quarta falcidia questo legato vien calcolato solo pel valore di ciò che il debitore effettivamente può pagare (6).

2.° Il *legatum liberationis* nel senso stretto e proprio significa quando il testatore per modo di legato rimette un debito ad un suo debitore, nel qual caso questi veramente si può difendere con l'*exceptio legati*, ma può anche richiedere dagli eredi una formale accettilazione (7). Se il legatario ha un *correus debendi*, è da vedere se il testatore abbia voluto rimettere pienamente il debito, o liberare soltanto

(36) L. 3. pr. L. 5. pr. D. *quib. mod. ususfr.* (7.4.) L. 8. D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 23. D. *de usu et ususfr. leg.* (33. 2.)

(1) L. 59. D. *de legat.* III. (32.)

(2) § 21. J. *de legat.* (2. 20.) L. 44. § 6. L. 75. § 2. D. *de legat.* I. (30.)

(3) L. 18. C. *eod.* (6. 37.) Confr. con L. 3. L. 4. § 1. C. *de litigiosis* (8. 37.) Nov. 112. c. 1.

(4) L. 71. § 1. 2. D. *de legat.* I. (30.)

(5) L. 7. § 2. D. *eod.* L. 11. § 13. D. *de legat.* III. (32.) § 21. J. cit. L. 21. pr. D. *de liberat. leg.* (34. 3.)

(6) L. 82. D. *ad leg. falc.* (35. 2.). Questo è il passo nel quale cominciano le famose *Tres partes* dei manoscritti.

(7) § 13. J. *de legat.* (2. 20.) L. 3. § 3. L. 25. D. *de liberat. leg.* (34. 3.) L. 8. § 1. D. *de doli except.* (44. 4.)

il legatario, giacchè nel primo caso anche il *correus* ottiene l' *exceptio legati*, ma nel secondo caso no (8). Ma nelle obbligazioni alternative la remissione di uno degli oggetti dovuti, nel dubbio vien sempre riguardata come remissione di tutto il debito (9). Se sia stata rimessa una somma maggiore di quella che il legatario doveva, nondimeno si estingue soltanto il debito effettivo (10), e se il debito non esista, il legato è nullo (11), come del pari si estingue allorchè il debito, vivendo il testatore, sia stato estinto, mentre, se gli eredi han ricevuto il pagamento del debito, son tenuti a restituirne l' ammontare al legatario (12). Per la computazione della quarta falcidia il debito rimesso vien calcolato pel suo intero ammontare, senza por mente alla solvibilità del debitore (13). Ma in un senso più esteso pel *legatum liberationis* s'intende anche 1) quando si è imposto agli eredi di non far valere un credito prima di un certo tempo, e quindi di non esigere alcun interesse fino a quel termine, (14), ovvero 2) allorchè gli eredi debbono pagare i debiti di un altro (15), ovvero allorchè 3) mediante il legato vien rimesso non già un credito ma un dritto reale del testatore sulle cose del legatario, il che può anche avvenire indirettamente, giacchè quando il testatore ha legato ad alcuno la sua propria cosa, si estinguono almeno i dritti che al testatore competeano su questa cosa (16). Del rimanente può farsi indirettamente anche il *legatum liberationis* nel senso proprio, come quando al fittajuolo di un fondo vien legato l' usufrutto del medesimo o l' abitazione, nel che si contiene una liberazione dagli obblighi risultanti dal contratto di affitto, la quale a richiesta del legatario deve anche formalmente esser fatta (17).

3.° Finalmente chiamasi *legatum debiti* quando un debitore ha legato al creditore ciò che gli deve, il qual legato come di niuna utilità non vale se non assicura al legatario niente di più di quel che senza ciò potrebbe domandare (18), ma per contrario è valido quando in qua-

(8) L. 2. pr. L. 3. § 3-5. L. 5. L. 6. L. 10. D. *de liberat. leg.* (34. 3.)
(9) L. 7. § 1. D. *eod.*
(10) L. 7. § 2. D. *eod.*
(11) L. 25. D. *eod.*
(12) L. 7. § 4-7. L. 13. L. 31. pr. § 2. D. *eod.*
(13) L. 22. § 3. L. 82. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(14) § 13. J. *de legat.* (2. 20.) L. 8. § 1-3. D. *de liber. legata* (34. 3.)
(15) § 22. J. *eod.* L. 8. pr. D. *eod.*
(16) L. 71. § 5. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. § 1. D. *de liberat. leg.* (34. 3.)
(17) L. 30. § 1. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 18. D. *de liberat. leg.* (34. 3.)
(18) § 14. J. *de legat.* (2. 20.) L. 29. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 29. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. § 10. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

lunque modo gli porta qualche vantaggio, come per esempio se il debito non era munito di azione, mentre ora gli compete l'*actio ex testamento* per richiederne il pagamento (19), ovvero se l'azione pel credito appartiene alle azioni pretorie annuali, o in generale alle azioni temporali (20), ovvero se al debito erano aggiunte delle condizioni, determinazioni di tempo o *modus*, mentre il legato non contiene siffatte restrizioni (21), ma principalmente se non esisteva alcun debito, nel qual caso la menzione del debito vien riguardata semplicemente come una falsa dimostrazione fatta di proposito, presupposto che il testatore abbia indicata la pretesa somma dovuta, imperocchè altramente qui non si potrebbe conoscere quanto gli eredi avessero a dare (22), e che non si tratti di cose individualmente determinate, che il testatore nè possiede nè deve dare al legatario (23). Nel caso ultimamente indicato il legato naturalmente si dee calcolare in tutto l'ammontare della somma legata, ma negli altri casi il *legatum debiti* nel computo della quarta falcidia si dee stimare soltanto secondo il vantaggio che il legato produce in confronto dell'originario credito (24). Se ad un creditore sia legata una cosa diversa da quella che formava l'oggetto del suo credito, quando anche questa sia il pegno costituito per sicurezza di quel credito, non si ritiene come data in compenso del medesimo, e però il legatario coll'accettare il legato non perde il suo credito (25).

D. Legato di una dote.

§ 383. Una specie del *legatum debiti* è la *dos relegata*, quando il marito lega la dote alla sua moglie o a chiunque altro, al quale dopo lo scioglimento del matrimonio la dote si appartiene, il che, in quanto il marito abbia effettivamente ricevuto una dote, è sempre un legato valido, perchè per lo meno cessano i termini, i quali altrimenti avrebbero luogo per la restituzione della dote (1). Finchè furono ammesse le deduzioni dalla dote *retentiones ex dote* da Giustiniano abolite, il

(19) L. 28. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 13. D. *de liberat. leg.* (34. 3.)
(20) L. 28. pr. D. cit.
(21) L. 29. D. *eod.* L. 82. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 14. D. *de liberat. leg.* (34. 3.) § 14. J. *de legat.* (2. 20.)
(22) L. 71. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 25. D. *de liberat. leg.* (34. 3.)
(23) L. 1. § 7. D. *de dote praeleg.* (33. 4.)
(24) L. 28. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 82. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 1. § 10. L. 5. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(25) L. 85. D. *de legatis* II. (31.)
(1) § 15. J. *de legat.* (2. 20.) L. 1. § 2. L. 4. D. *de dote praeleg.* (33. 4.)

legato ebbe anche quest'effetto, che cessavano queste deduzioni eccetto solamente per le spese necessarie, perchè queste *ipso jure* diminuiscono la dote (2). Se la dote sia stata promessa dal legatario medesimo, ma non data effettivamente, allora il legato non produce che la sua liberazione dall'obbligo di costituirla (3); per contrario se per altro modo la dote legata non esiste, ma nondimeno se ne è indicato l'ammontare, allora gli eredi son tenuti a pagar questa somma (4), e del pari quando il testatore ha indicato una somma maggiore della dote ricevuta, o ha designato come appartenenti alla dote certe cose determinate, i medesimi eredi son tenuti ad aggiungere ciò che manca, e a dar quelle cose (5), mentre quando manca l'indicazione dell'ammontare, il legato non contiene se non ciò che nella restituzione della dote bisognava consegnare (6), e per tal ragione non può essere imposto al legatario alcun peso, nè può esser dedotta alcuna quarta falcidia (7). Altrimenti va la cosa quando il testatore espressamente ha legato non già la stessa dote, ma il suo valore. Secondo un Editto del Pretore detto *Edictum de alterutro*, la moglie in questo caso avea la scelta se voleva avere il legato o la sua dote (8); ma Giustiniano stabilì che quando non fosse manifesta una intenzione contraria del testatore, la moglie potesse richiedere tanto il legato quanto la dote (9). Ma la dote può formare l'oggetto di un legato anche in un altro modo:

1.° Cioè il padre di un marito può lasciargli in legato la dote ricevuta per lui, nel caso di diseredazione, ovvero prelegargliela se lo istituisca erede. Anche in ciò si contiene in certo modo un *legatum debiti*, imperocchè la dote dopo la morte del padre per legge ricade al marito (10); ma in questo caso il marito dee prestar cauzione agli eredi di suo padre di difenderli contro la domanda della moglie, o di altre persone per la restituzione della dote dopo lo scioglimento del matrimonio (11).

(2) L. 1. § 3. 4. L. 5. D. *eod.*
(3) L. 1. § 7. D. *eod.*
(4) L. 6. § 1. D. *eod.* § 15. J. *de legat.* (2. 20.)
(5) L. 1. § 8. L. 2. § 1. L. 3. L. 6. pr. L. 12. D. *eod.*
(6) L. 1. pr. § 5. 6. 15. L. 9. L. 15. D. *eod.*
(7) L. 1. § 13. L. 2. pr. § 1. D. *eod.* L. 81. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(8) L. 7. pr. C. Th. *de testamentis* (4. 4.) Confr. con L. 2. 1. L. 8. L. 10. D. *de dote praeleg.* (33. 4.)
(9) L. un. § 3. C. *de rei uxor. act.* (5. 13.)
(10) V. § 111. Nota 15.
(11) L. 1. § 10. 11. L. 7. pr. § 1.5. D. *de dote praeleg.* (33. 4.)

2.° Inoltre il padre di un marito può direttamente legare la dote alla moglie, nel qual caso gli eredi del padre debbono indennizzare il marito pel godimento della dote toltogli durante il matrimonio, purchè apparisca che il testatore abbia avuto intenzione che la dote si conseguasse alla moglie prima dello scioglimento del matrimonio (12).

3.° Un terzo caso è quando il marito lega la dote ad un altro, che non vi ha alcun dritto, il che non è valido, se non o quando il testatore abbia precisamente dichiarato di voler gravare doppiamente gli eredi e col legato e colla restituzione della dote, giacchè altrimenti si presume che il testatore sia stato in errore (13), o quando siasi imposto al legatario di restituire la dote a colui, al quale per legge si appartiene (14).

4.° Un quarto caso è quando la moglie lega la dote a suo marito, il che è un *legatum liberationis* per rispetto alla restituzione della dote (15).

5.° Da ultimo si può anche costituire una dote mediante un legato, nel che è permesso di rimetterne la quantità all' equa estimazione di terze persone (16), e le azioni, che risultano dal legato, spettano anche al marito o allo sposo della legataria (17). Se vien legata la dote ad una sposa, ed il matrimonio non si effettua, allora si estingue il legato, tranne se la legataria era pronta ad eseguire il matrimonio, e quindi lo scioglimento della promessa non è provenuto da lei (18).

E. Legato di prestazioni successive.

§ 384. Ben di frequente un legato riguarda prestazioni successive da farsi in tempi determinati, ed allora secondo la diversità del termine addimandasi *legatum annuum*, *menstruum*, *diurnum*. Qui son possibili tre casi :

1.° Il legato debb'esser prestato perpetuamente dal gravato e da' suoi successori. Qui la prestazione annuale vien riguardata come un interesse alla ragione del quattro per 100 , ed il capitale che risulta da questo interesse si ritiene come l'ammontare del legato (1).

(12) L. 1. § 9. D. *eod.*
(13) L. 16. D. *eod.*
(14) L. 1. § 12. D. *eod.*
(15) L. 11. D. *eod.*
(16) L. 14. D. *eod.* L. 43. D. *de legat.* III. (32.) L. 69. § 4. D. *de jure dot.* (23. 3.)
(17) L. 29. L. 48. § 1. D. *eod.*
(18) L. 71. § 3. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)
(1) L. 3. § 2. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 6. L. 20. § 1. D. *de annuis leg.* (33. 1.)

2.° Il legato è disposto per un tempo determinato. Allora ogni termine di pagamento vien riguardato come un legato condizionale speciale e separato, e però son da pagare soltanto quei termini che sono scaduti vivendo il legatario, ma l'erede ancora da ciascun termine deve imputare sulla sua quarta gli utili ritratti nel tempo intermedio (2), e provvisoriamente bisogna attendere per vedere se scadono tanti termini, che sia necessario di fare una deduzione (3).

3.° Il legato è stabilito sulla vita del legatario o di un altro. In questo caso secondo la probabilità vien determinato quanto verisimilmente possa viver la persona, sulla vita della quale è imposto il legato, e per conseguenza quanti termini debba probabilmente pagare il gravato, nel che la stima procede egualmente che nel caso precedente (4). Intorno alla verisimile durata della vita di una persona secondo la sua età attuale, si è composta a questo scopo una tavola (5); nondimeno pare che i Romani posteriormente anche in questa materia seguissero (6) la regola più semplice, che si usava nel legato delle servitù personali (7). Non è assolutamente necessario che le prestazioni successive sieno della stessa specie (8), ma debbono esser determinate, quando da altre circostanze non apparisca che cosa e quanto siasi inteso di dare (9), o non siasi rimessa la determinazione della quantità all' equo arbitrio di

(2) L. 4. L. 11. D. *eod.* L. 10-12. D. *quando dies* (36. 2.). Non si oppone L. 18. pr. D. *de annuis leg.* (33. 1.)

(3) L. 47. pr. L. 55. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(4) L. 55. L. 68. pr. D. *eod.*

(5) L. 68. pr. D. cit. Secondo questa per la

età da 1-20. anni bisogna presumere una durata di		30. anni
20-25.	» » » » » » » » »	28.
25-30.	» » » » » » » » »	25.
30-35.	» » » » » » » » »	22.
35-40.	» » » » » » » » »	20.
40-50	» » » » » » » » »	altrettanti anni quanti mancano ai 60. meno uno.;
da 50-55. bisogna presumere una durata di	» » » »	9. anni.
55-60	» » » » » » » » »	7.
60, e al di là	» » » » » » » » »	5.

(6) La L. 68. pr. D. cit. si esprime assai dubbiosamente intorno a ciò, cosicchè non si vede se la deviazione riguardasse solo il *legatum ususfructus*. Ma è certo che dalla molto più antica L. 8. D. *de annuis leg.* (33. 1.) di Cajo, non si può conchiudere che una computazione ammessa nel *legatum ususfructus* dovesse valere anche nel *legatum annuum*.

(7) V. § 381. Nota 28.

(8) L. 11. D. *quando dies* (36. 2.)

(9) L. 14. D. *de annuis leg.* (33. 1.)

alcuno (10). Se il gravato non è erede, e l'erede abbia fatto da lui una deduzione per la quarta falcidia, non può per tal ragione fare egli stesso una riduzione nelle sue successive prestazioni (11). Una specie subordinata del legato di prestazioni regolarmente successive è il legato degli alimenti *legatum alimentorum* (12), nel quale, quando il legato si è lasciato per tutta la vita, la probabile durata della vita viene stabilita nel modo stesso che nel *legatum annuum* (13), ma vi sono parecchie specialità. Imperocchè 1), se il legato siasi fatto ad impuberi fino alla pubertà, l' impubertà, secondo la disposizione di Adriano, per le donne si estende fino ai 14 anni compiuti, pei maschi poi fino ai 18 anni compiuti (14). 2) Inoltre in seguito di una orazione di Marco Aurelio il legatario non può transigere col gravato sugli alimenti legati, se non coll'autorità del magistrato (15), e 3) il legato è valido non solamente quando il testatore ha determinato l'ammontare degli alimenti da prestarsi, ovvero ne ha lasciato la determinazione al giusto arbitrio del gravato o di un terzo (16), ma anche quando nulla si è detto intorno a ciò, nel qual caso si appartiene al giudice di stabilirne la quantità (17), il quale può anche dare delle altre disposizioni, che tendono ad assicurare la prestazione degli alimenti ed il loro ordinato impiego (18). Nel determinarsi gli alimenti dal giudice o da un altro è da vedere in prima se su tal proposito si possa rilevare la probabile volontà del testatore, altrimenti si dee prendere in considerazione la quantità del patrimonio e lo stato delle persone (19). Quando si può, ed il testatore non ha legato una parte determinata del mantenimento p.e. solo il nutrimento, si deve dare al legatario tutto ciò ch' è necessario ai bisogni del suo stato in abitazione, vestito, nutrimento e fuoco (20), ma non già ciò che si richiede per la coltura dello spirito (21), quando non si fosse imposto al gravato di provvedere anche a ciò (22). Se i bisogni del lega-

(10) L. 3. § 2-4. D. *eod.*
(11) L. 21. § 1. D. *eod.* L. 25. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(12) L. 8. D. *de alim. leg.* (34. 1.)
(13) L. 68. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(14) L. 14. § 1. D. *de alim. leg.* (34. 1.)
(15) L. 8. D. *de transact.* (2. 15.) L. 8. C. *eod.* (2. 4.)
(16) L. 5. L. 10. § 2. D. *de alim. leg.* (34. 1.)
(17) L. 22. pr. D. *eod.*
(18) L. 3. D. *eod.* L. 89. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(19) L. 10. § 2. L. 14. § 1. L. 16. § 3. L. 22. pr. D. *de alim. leg.* (34. 1.)
(20) L. 1. L. 6. L. 7. L. 14. § 3. L. 21. D. *eod.*
(21) L. 6. L. 7. D. *eod.*
(22) L. 7. L. 23. D. *eod.*

tario crescono cogli anni, allora è da prendere anche ciò in considerazione (23). Si può anche riguardare come una seconda specie subalterna dei legati annui il *legatum reditus*, allorchè la rendita di certi determinati oggetti deve per un dato tempo esser consegnata ad un altro, nel che allora non è da eccettuarsi alcuna specie di rendita (24).

F. Legato di azioni ed omissioni.

§ 385. Per lo più veramente i legati hanno per iscopo un dare, ma nondimeno possono anche avere ad oggetto una *obligatio faciendi vel non faciendi*, presupposto che l'azione o l'omissione imposta sia lecita e tale, che abbia un valore pecuniario (1). Il caso principale di un *legatum in non faciendo* è l'obbligo imposto agli eredi o ad un altro successore di non far valere affatto, o almeno prima di un certo tempo un qualche credito (2), nel che si contiene una specie del *legatum liberationis*. Al contrario ai legati che han per oggetto un'azione si riferisce in ispezialtà l'obbligo 1) di conchiudere con un altro un determinato contratto vantaggioso per costui, nel che il vantaggio che ne risulta pel legatario si ritiene come il valore del legato (3); 2) d'intraprendere a vantaggio di un altro certe opere o lavori (4), nel che, quando si tratta di lavori pubblici, il Comune, nel quale questi si debbono eseguire, vien riguardato come legatario, anche quando il testatore ciò non abbia detto, ed il giudice, se fa mestieri, può stabilire un termine pel compimento de'medesimi (5); 3) e di manomettere uno schiavo, *fideicommissum libertatis*, il quale non cominciò ad esser munito di azione, che quando i fedecommessi cominciarono a potersi far valere per via di azioni, ma da quel tempo fu perfettamente valido (6), anzi per

(23) L. 10. § 2. D. *eod.*

(24) L. 78. § 12. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(1) L. 112. § 3. L. 114. § 8 D. *de legat.* I. (30.) L. 41. § 8. D. *de legat.* III. (32.) L. 92. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(2) § 13. 21. J. *de legatis* (2. 20.) L. 8. § 1-3. D. *de liberat. legat.* (34. 3.) L. 8. § 1. D. *de doli exc.* (44. 7.)

(3) L. 49. § 8. 9. L. 66. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. § 15. D. *de legat.* III. (32.) L. 19. L. 30. § 1. L. 87. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 13. § 5. D. *de hered. pet.* (5. 3.)

(4) § 21. J. *de legat.* (2. 20.) L. 49. § 4. D. *de legat.* II. (31.) L. 3. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) Paul. S. R. III. 6. § 10.

(5) L. 6. § 2. D. *de auro leg.* (34. 2.) L. 17. § 8. D. *de usuris* (22. 1.)

(6) V. § 124. Nota 6-10. § 312. Nota 16. Il requisito che l'azione debba avere un valore pecuniario si verifica qui per questo solo che lo schiavo ha un valore pecuniario,

più rapporti era anche privilegiato, imperocchè non soggiaceva alla deduzione della quarta falcidia (7), s'incorreva nella mora al momento della scadenza, *mora ex re* (8), ed un numero di Senatoconsulti, che già in altre occasioni abbiamo incontrati, agevolarono ed assicurarono in modo speciale il conseguimento della libertà legata (9). È anche un valido legato l'obbligo di far dare ad un altro una utile istruzione anche quando non siasi indicata la specie d'istruzione, nel qual caso il giudice dee valutare quale istruzione sia conveniente al legatario pel suo stato (10).

G. Legato di una *universitas juris*.

§ 580. Alcuni legati che comprendono un complesso di oggetti del patrimonio di diversa specie, e quindi hanno per obbietto una così detta *universitas juris*, senza comprendere però tutta l'eredità del testatore o una quota della medesima, sebbene in sè stessi sieno annoverati tra i legati singolari, pure formano in certa guisa il passaggio ai legati universali. Di tal fatta può essere anche il legato di una dote, quando essa si compone di cose di diversa specie (1), ma due legati principalmente s'incontrano di questa specie.

1.° Il *legatum peculii*, allorchè il peculio di un figliuolo o di uno schiavo vien legato a questo medesimo o ad un altro, il che nell'ultimo caso in quanto al peculio di uno schiavo può aver luogo congiuntamente con lui, o senza il medesimo (2). In tutt'i casi il legato comprende ciò che alla morte del testatore si trova nel *peculium* (3), nondimeno da ciò può anche dedursi tutto ciò che il possessore del peculio doveva al testatore medesimo, ai suoi schiavi o figliuoli, o all'erede (4). Gli eredi per verità possono domandare giudizialmente i crediti appartenenti al peculio, ma debbono consegnarne l'ammontare al legata-

che il gravato perde per la manomissione, e che quindi si può riguardare come l'ammontare del legato.

(7) L. 8. § 9. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 33. L. 34. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(8) V. § 224. Nota 51.
(9) V. § 121. Nota 11-17.
(10) L. 12. D. *de legat.* III. (32.)
(1) V. § 383.
(2) L. 1. L. 6. § 2. 3. L. 8. § 8. L. 10. L. 19. § 2. L. 26. D. *de pecul. leg.* (33. 8.)
(3) L. 8. § 3-5 8. L. 15. L. 19. § 2. L. 25. D. *eod.*
(4) L. 6. pr. § 1. 4. 5. L. 7. L. 8. pr. L. 9. § 1. L. 10. L. 16. D. *eod.*

rio (5). Soltanto, non può il legatario chiedere per via di azione ciò che il testatore medesimo dovea al possessore del peculio, ma può sibbene opporlo in compensazione, quando gli si voglia dedurre qualche cosa (6). I debiti particolari verso i terzi non passano propriamente al legatario, nondimeno l'erede può chiedere la *cautio defensum iri* contro i creditori, altrimenti non è tenuto a soddisfare il legato (7). Quando il peculio di uno schiavo è stato legato congiuntamente con esso, il legato si estingue mediante l'alienazione, la manomissione, o la morte dello schiavo (8), mentre al contrario quando allo schiavo medesimo sia stata legata la libertà ed il suo peculio, la sua manomissione avvenuta in vita del testatore non estingue il legato (9).

2.° Il *legatum hereditatis*, il quale può avvenire in tre modi: 1) il caso più semplice è quando il testatore lega ad un altro un' eredità a lui deferita, il che, secondo una decisione di Giustiniano, è da ammettersi anche quando il testatore istituisce il legatario erede di colui, dal quale l'eredità gli è pervenuta (10). L' effetto qui è somigliante all' alienazione dell' eredità fatta dall' erede, imperocchè l' erede è tenuto a consegnare al legatario tutto ciò che alla morte del testatore si trova ancora dell' eredità legata, ma il legatario deve anche addossarsi i debiti di quell' eredità, che in quel tempo non sono ancora soddisfatti (11). Per conseguenza il legatario qui si può paragonare ad un fedecommessario universale, e ciò ha avuto eziandio per effetto, che a lui come tale sia conceduto di costringere all' adizione l' erede, che non vuole accettare, e di farsi rendere in tal caso anche l'eredità del testatore, sebbene pare che i Giureconsulti Romani non siano stati totalmente d' accordo su questo punto (12). 2) Un secondo caso è quando è stato imposto all' erede di consegnare ad un altro un' eredità lasciatagli da un terzo, nel qual caso veramente l' erede non può esser costretto di accettare l' eredità legata, e non accettandola il legato si estingue, ma, se egli l'accetta o l' abbia accettata, ha luogo il medesimo effetto che nel caso precedente (13). 3) Il terzo caso finalmente è quando s'è imposto

(5) L. 5. L. 19. § 1. L. 23. pr. D. *eod.*
(6) L. 6. § 4. D. *eod.*
(7) L. 17. L. 18. D. *eod.*
(8) L. 1. L. 2. L. 12. D. *eod.*
(9) L. 19. § 1. D. *eod.*
(10) L. 14. C. *de hered. instit.* (6. 21.)
(11) L. 76. § 1. D. *de legat.* II. (31.) Confr. L. 28. D. *de donat.* (39. 5.)
(12) L. 16. § 5. 6. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(13) L. 27. § 9. 10. D. *eod.*

all' erede di lasciare ad alcuno alla sua morte il suo proprio patrimonio o una porzione del medesimo, la qual cosa lo obbliga fino a concorrenza dell' eredità del testatore (14).

2) *Legati universali.*

A. *Legatum partitionis, e legatum ususfructus bonorum.*

§ 387. Fra i legati universali, che han per oggetto l'eredità del testatore o una quota della medesima il più semplice è il *legatum partitionis*, quando si è imposto all'erede di dare ad un altro una determinata porzione del patrimonio netto, fatta la deduzione dei debiti e delle spese (1), nel che però è mestieri che siasi espressamente dichiarato, che la quota legata debba computarsi solo sul patrimonio netto, imperocchè quantunque negli antichi legati ciò s' intendesse di per se, allorchè si legava una quota, nondimeno dopo che furono pareggiati i legati ed i fedecommessi, ogni comando dato all' erede di dividere con un altro l'eredità, nel dubbio è da intendersi come un fedecommesso universale, imperocchè la presunzione sta sempre per la teoria dei fedecommessi (2). Per determinare l'ammontare del legato, l'erede ha il dritto di prededurre ciò che nel computo della quarta falcidia vien dedotto dal patrimonio (3), giacchè la quota legata si prende solo da ciò che rimane (4). Se le cose si possono realmente dividere, sta nell' arbitrio dell' erede gravato di dare le parti effettive delle cose, ovvero il valore, ma per ciò che non si può realmente dividere il legatario dee avere la sua parte in danaro (5). Se di poi lo stato del patrimonio netto apparisca esser maggiore, o minore, allora è ben naturale che si possa richiedere un pagamento suppletorio ovvero una restituzione, e sulla richiesta debbono anche le parti precedentemente obbligarsi a ciò mediante le così dette *stipulationes partis et pro parte* (6). In difetto di più precise in-

(14) L. 114. § 6. 7. D. *de legat.* I. (30.). V. in generale *Heise* de aliena hereditate restituenda Goett. 1816. 4.

(1) V. § 311. Nota 22.

(2) L. 2. C. *commun. de legatis* (6. 43.) Confr. con L. 19. § 1. L. 22. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(3) V. § 373. Nota 10-14.

(4) L. 23. L. 104. § 7. D. *de legat.* I. (30.) L. 9. D. *de legat.* II. (31.). Non si oppone L. 8. § 5. D. *eod.*, la quale non parla del legato di una quota, ma di una *certa pars bonorum*, cioè di una determinata porzione del patrimonio.

(5) L. 26. § 2. L. 27. D. *de legat.* I. (30.) L. 32. § 8. D. *de ususfr. leg.* (33. 2.)

(6) § 5. J. *de fideicomm. hered.* (2. 23.)

dicazioni della quota, che il testatore ha inteso di lasciare, sotto l'espressione di una parte dell'eredità s'intende la metà, e sotto l'espressione della maggior parte s'intendono i due terzi (7), la qual regola d'interpetrazione si applica anche negli altri legati universali (8). Più artifiziosi sono i rapporti del *legatum ususfructus bonorum*, o *partis bonorum*. Anche qui si prelevano i debiti, e tutto ciò che l'erede può altrimenti dedurre dal patrimonio che dee impiegarsi a soddisfare i legati (9). Dopo ciò si dee stimare tutta la rendita, che il legatario può ritrarre durante l'usufrutto, e se il valore risultato dalla stima o da se solo o congiuntamente agli altri legati imposti all'erede supera i tre quarti dell'ammontare del patrimonio netto, l'erede ha il diritto di dedurre la sua quarta (10). Di poi è anche da esaminare se l'usufrutto sia legato sul patrimonio stesso o sul suo valore. Nell'ultimo caso si dee sempre pagare il valore in contante, e per conseguenza ne risulta sempre un *quasi ususfructus* per rapporto al denaro (11); nel primo caso al contrario dipende dall'erede se voglia dare il valore in danaro, o rilasciare gli stessi oggetti del patrimonio, per farne avere il godimento (12), nel qual caso si ha un *quasi ususfructus* soltanto per quel che non è suscettivo di un vero usufrutto (13). Ma il dritto del legatario, se alcuna cosa in particolare non sia stata eccettuata dal testatore (14), si estende sopra tutto ciò che appartiene al patrimonio del testatore, anche su i crediti, tanto se questi sono dei capitali dati in prestito, quanto se sono altri crediti, *Kalendarium* (15). Nondimeno per rispetto agl'interessi si deve distinguere: cioè gl'interessi dei capitali del testatore, che erano ancora dovuti alla sua morte, del pari che gl'interessi posteriori fino alla scadenza del legato appartengono per verità al legatario, ma solo come oggetto dell'usufrutto, mentre gl'interessi posteriori alla scadenza del legato sono una rendita che gli appartiene in proprietà. Per contrario se il denaro è stato impiegato dall'erede, il legatario in tal caso non ha alcun dritto sugl'interessi del medesimo, se non in quanto l'erede sia caduto in mora, imperocchè la rendita degli oggetti legati si

(7) L. 164. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.) Confr. L. 46. C. *de decurionibus* (10. 31.)
(8) L. 43. D. *de usufr.* (7. 1.)
(9) L. 32. § 9. L. 43. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)
(10) L. 29. D. *de usufr.* (7. 1.)
(11) L. 42. § 1. D. *eod.*
(12) L. 32. § 8. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)
(13) L. 1-5. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5.)
(14) L. 32. § 2. 3. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)
(15) L. 24. pr. L. 37. D. *eod.* L. 3. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5.)

appartiene ai gravati, finchè non siano in mora (16). Nel rimanente anche questo legato si dee giudicare secondo le regole generali sul legato di servitù personali, e sull'usufrutto, e per conseguenza il legatario deve anche prestare la consueta *cautio usufructuaria* (17).

B. Fedecommessi universali.

§ 388. Dall'idea, che abbiamo svolta, del legato di partizione risulta da sè medesimo che ora ogni incarico dato all'erede, di consegnare l'eredità o una quota della medesima, quando non sia espressamente ristretto al patrimonio puro, costituisce un fedecommesso universale (1), senza far distinzione se questo incarico si contenga in un testamento o in un codicillo, ovvero siasi dato a voce (2). Oltre a ciò a parecchie disposizioni di ultima volontà si è per legge attribuita la significazione di un incarico di tal fatta: 1) allorchè si è imposto ad un erede senza altra più precisa dichiarazione, di dividere l'eredità con un'altra persona (3), ovvero di tenerla in comune (4), nel qual caso al fedecommessario si appartiene la metà (5); 2) allorchè si è imposto ad un erede d'istituire ad erede una persona determinata, nel qual caso per effetto di un ignoto Senatoconsulto, il patrimonio del testatore alla morte dell'erede debb'esser consegnato a questa persona (6); 3) allorchè a vantaggio di una determinata persona si è vietato all'erede di alienare qualche cosa dall'eredità, il che secondo un Rescritto di Settimio Severo ha il medesimo effetto (7); 4) allorchè si è vietato all'erede di disporre per testamento sulla eredità, il che secondo una decisione del medesimo Imperadore vale come un somigliante fedecommesso fatto agli eredi ab intestato dell'erede (8); 5) allorchè in un testamento posteriore espressamente vien confermato il precedente, nel che parimenti si contiene un fedecommesso agli eredi anteriormente istituiti, la qual

(16) L. 24. pr. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) V. § 374. Nota 1. Qui è al certo inconseguente che non debbano rimanere all'erede anche gli interessi dei capitali del defunto che erano scaduti prima della sua mora.

(17) L. 24. pr. D. cit. L. 2. pr. L. 3. L. 4. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5.)

(1) § 2. 8. J. *de fideic. her.* (2. 23.) V. § 387. Nota 2.

(2) § 12. J. *eod.* L. 2. C. *de codicill.* (6. 36.)

(3) L. 19. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(4) L. 78. pr. D. *eod.*

(5) V. § 387. Nota 7. e 8.

(6) L. 17. pr. D. *eod.*

(7) L. 114. § 14. D. *de legatis* I. (30.)

(8) L. 74. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

cosa parimenti ha origine da Settimio Severo (9); 6) allorchè un padre è istituito erede insieme coi figliuoli che ha sotto la sua potestà, ma gli è imposto di emancipare i figliuoli, nel qual caso il medesimo Imperadore attribuì ai figliuoli il dritto di richiedere dal padre non solo l'emancipazione, ma anche la restituzione della loro porzione che da lui per mezzo loro fu acquistata (10); 7) allorchè è seguita una sostituzione pupillare in un semplice codicillo, nel qual caso gli eredi ab intestato del pupillo, se questi muore nell'età pupillare, debbono restituir l'eredità ai sostituti (11); e 8) allorchè ad un testamento si è aggiunta la clausola codicillare, per la quale gli eredi ab intestato possono esser costretti a restituire l'eredità come fedecommesso universale agli eredi testamentarii (12). Quando vi son più fedecommessarii, se nulla siasi stabilito in contrario, ottengono porzioni uguali, salvo quando essi siano coeredi del fiduciario, nel qual caso nel dubbio debbono dividere il fedecommesso secondo la misura delle loro porzioni ereditarie (13). Qui sono ammesse le condizioni e le determinazioni di tempo nello stesso modo che negli altri legati (14), ma quando tali disposizioni non si siano aggiunte, anche il fedecommesso universale scade immediatamente dopo l'adizione dell'eredità (15). Più comunemente che altrove qui s'incontra la determinazione di tempo, che il fedecomesso non debba essere adempito se non dopo la morte del gravato, la quale contiene nel tempo stesso una condizione, giacchè quando il fiduciario è un discendente del testatore, secondo la disposizione di Giustiniano, il fedecommesso si estingue, se alla sua morte si trovino dei figliuoli (16), ma oltre a questo è sempre necessario che il fedecommessario sopravviva alla morte del gravato (17). Quest'ultimo vale ancora quando si è lasciato all'arbitrio dell'erede il tempo dell'adempimento, imperocchè anche in questo caso il fedecommesso non si può richiedere che dopo la morte del gravato, e soltanto quando il fedecommessario gli sopravvive (18). Un caso particolare di un fedecommesso universa-

(9) L. 29. D. *eod.* L. 12. § 1. D. *de injusto* (28. 3.) § 3. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.)
(10) L. 92. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)
(11) L. 76. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(12) L. 8. C. *de codicill.* (6. 36.) V. § 324.)
(13) L. 23. L. 24. L. 78. § 4. 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(14) § 2. J. *de fideic. her.* (2. 23.)
(15) L. 41. § 14. D. *de legatis* III. (32.)
(16) L. 30. C. *de fideicomm.* (6. 42.) L. 6. § 2. C. *ad Sct. Treb.* (36. 2.)
(17) V. § 314. Nota 12.
(18) L. 11. § 6. L. 41. § 13. D. *de legat.* III. (32.) L. 75. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (35. 1.)

le da non doversi adempiere che dopo la morte dell' erede è il *fidei-commissum eius quod super futurum erit*. Secondo il dritto antico il fedecommessario non avea effettivamente in questo caso che un dritto su quelle cose dell'eredità, che alla morte dell'erede si trovavano tuttavia nella successione di lui (19), compresi però i frutti esistenti (20), purchè per la loro aggiunzione non venisse a darsi più di quello, a cui l'originaria eredità ammontava (21). Nondimeno Giustiniano dispose che l'erede dovesse lasciare intatto un quarto dell'eredità, salvo se la costituzione di una dote o una *donatio propter nuptias* non rendesse necessario di alienare anche di più, o se egli impiegasse il patrimonio al riscatto dei prigioni, e che altrimenti il fedecommessario avesse il dritto di rivendicare coll' *actio hypothecaria* le cose dell' eredità ovunque le trovasse, finchè non riunisse un quarto (22). Da questo caso in fuori il gravato non può toccar la sostanza del patrimonio da restituirsi (23), e se il medesimo per dritto di accrescimento o in altra guisa abbia conseguito più porzioni dell' eredità (24), allora il fedecommesso comprende anche queste, purchè non sia stato precisamente ristretto all' originaria quota ereditaria (25). Sono poi esenti dalla restituzione 1) i frutti e gli utili dalla morte del testatore fino alla domanda del fedecommesso, i quali compresi anche gli acquisti degli schiavi ereditarii rimangono all' erede (26), salvo se A. sia stabilito un *dies ex quo* semplicemente a benefizio del fedecommessario, nel qual caso a lui si appartengono i frutti fin dal tempo dell' adizione dell' eredità (27), ovvero B. l' erede non abbia riscosso gl' interessi dei capitali ereditarii, i quali allora spettano al fedecommessario, quantunque coll' obbligazio-

(19) L. 54. L. 58. § 8. L. 60. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(20) L. 3. § 2. D. *de usuris* (22. 1.)

(21) L. 58. § 7. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(22) Nov. 108. c. 1. 2.

(23) V. Nota 68. e 97.

(24) Confr. § 373. Nota 43-51.

(25) L. 11. § 1. L. 16. § 7. L. 27. § 2. 4. 5. L. 43. L. 52. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Questi passi per verità non parlano che del caso dell' adizione fatta per costringimento, ma nondimeno è del tutto arbitrario quando alcuni, come Cujacio Observ. XII. 12. *Gluck* Spieg. sistem. delle Pand. § 1014. vol. XVI. p. 365. nell'adizione volontaria vogliono sempre riferire il fedecommesso soltanto alla primitiva quota ereditaria del gravato.

(26) L. 18. pr. § 1. 2. L. 22. § 2. L. 27. § 1. 11. L. 28. pr. L. 44. § 1. L. 58. § 2. 4. 5, L. 63. § 4. 5. D. *eod.*

(27) L. 43. § 2. D. *de legat.* II. (31.). Il fedecommessario non può avere alcun dritto su i frutti anteriori, imperocchè il fedecommesso non diviene mai esigibile prima dell' adizione dell' eredità.

ne di soddisfare con essi gl' interessi dei debiti ereditarii, che l' erede per avventura non avesse pagati (28), ovvero C. siasi espressamente dichiarata (29) o manifestamente risulti (30) l'intenzione del testatore che si debba restituire anche tutta quanta la rendita, il che nondimeno non si può dedurre (31) dall'obbligo imposto in generale di restituir tutto; 2) i legati, che il gravato ha conseguiti da altri eredi (32), purchè parimenti non sia manifesta una volontà contraria del testatore (33), il che non vale solo per quello che il gravato medesimo ha dovuto contribuire per un prelegato, imperocchè questo come parte della eredità cade assolutamente nel fedecomesso (34); 3) le cose che un testatore solvibile ha riserbate al fiduciario (35), per le quali, quando esse siano delle cose altrui, può ritenersene il valore (36); 4) le altre *mortis causa capiones*, che son toccate all' erede (37), e 5) i sepolcri ed i monumenti sepolcrali della famiglia del testatore (38). Secondo la prescrizione del *Sctum Trebellianum* l'erede incaricato di un fedecommesso universale, se non vuole accettare, vi può esser costretto dal fedecommessario, ed allora tutta quanta l' eredità, o tutta la quota ereditaria dell' erede che si è lasciato costringere passa nel fedecommessario, e ciò avviene incontanente, anche quando altramente egli non avrebbe dovuto adempire il fedecommesso che dopo un certo tempo (39); soltanto, il fedecommessario è tenuto a rendere indenne l'erede, se questi riesca a provare che ha un effettivo interesse di non accettare (40); a rimborsare al medesimo tutte le spese dell' adizione (41), ed

(28) L. 44. § 1. L. 58. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(29) L. 18. pr. L. 63. § 4. D. *eod.*
(30) L. 32, L. 33. D. *eod.*
(31) L. 57. pr. D. *eod.* L. 83. D. *de legat.* III. (32.)
(32) L. 40. § 1. L. 96. D. *eod.* L. 77. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 86. D. *ad leg. falc.* (35. 1.) L. 58. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(33) L. 77. § 12. D. *de legatis* II. (31.) L. 3. § 4. L. 78. § 13. 14. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 12. C. *de fideicomm.* (6. 42.)
(34) L. 18. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Confr. § 372. Nota 80.
(35) L. 40. § 1. D. *de legat.* III. (32.) L. 13. § 6. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 1. § 16. L. 30. § 3-5. L. 58. § 2. L. 68. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(36) L. 72. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(37) L. 77. § 12. D. *de legat.* II. (31.) L. 44. § 4. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 51. L. 55. pr. L. 59. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Non si oppone L. 78. § 9. D. *eod.*
(38) L. 42. § 1. L. 55. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(39) L. 2. L. 4-6. L. 11. § 1. L. 13. pr. § 3. L. 14. L. 15. L. 16. L. 27. § 2. L. 32. pr. L. 43. L. 55. § 2. L. 63. § 11. 13. D. *eod.* § 6. J. *de fideic. her.* (2. 23.)
(40) L. 11. pr. L. 27. § 15. D. *eod.*
(41) L. 7. L. 8. L. 9. pr. D. *eod.*

a pagargli ciò che si deve dare come condizione del fedecommesso, *implendae conditionis causa* (42). Inoltre anche in questo caso rimane all' erede la rendita dell' eredità dalla morte del testatore fino all' adizione alla quale è stato costretto, ed alla restituzione della medesima (43). Il fedecommessario a fine di costringere l'erede deve implorare dal giudice, o se l' erede non ha sopra di sè alcun giudice, dal Sovrano un comando di accettare (44). E questo dritto si appartiene anche ad un fedecommessario, che si trovi sotto la potestà dell' erede (45), come pure ad un solo fra più fedecommessarii contro la volontà degli altri, ma egli allora deve accettare tutta l'eredità (46), anzi se il fedecommesso deve passare per molte mani, questo dritto si appartiene al fedecommessario più remoto, quando il più prossimo non se ne vale (47); e quando sia stato imposto all' erede di restituir tutto, non si prende neppure in considerazione che egli sia incapace di essere erede per sè medesimo, giacchè egli ciò non ostante può esser costretto ad accettare a benefizio del fedecommessario (48). Inoltre non nuoce neppure che l'erede abbia di già rinunziato, o abbia lasciato passare il termine per l'adizione; imperocchè, se il fedecommessario può dimostrare che senza sua colpa non ha potuto prima farsi a domandare che l'erede fosse costretto, può ottenere la restituzione nello stato primiero, purchè il patrimonio non sia stato già venduto dai creditori (49). E tanto meno è di ostacolo che l'erede impugni la validità del testamento o della sua istituzione (50); ma se s' impugni la validità del fedecommesso, allora dipende dalla prudenza del magistrato se si debba o no comandar provvisoriamente l'adizione (51). Se l'erede gravato non è istituito che sotto condizione, per verità si richiede che sia verificata la condizione prima che si possa usare il costringimento per l'adizione; ma se la condizione è potestativa e non ignominiosa per l'e-

(42) L. 44. § 4. 5. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(43) L. 27. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(44) L. 4 L. 13. § 4. 5. L. 14. pr. D. *eod.*

(45) L. 83. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 16. § 11. 12. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Intorno ad una eccezione veggasi Nota 54.

(46) L. 16. § 4. 9. 10. D. *eod.*

(47) L. 16. § 16. D. *eod.*

(48) L. 16 § 15. D. *eod.* L. 83. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(49) L. 14. § 1. 2. L. 63. § 14. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(50) L. 13. § 2. L. 27. § 12. D. *eod.* Nel caso che il testamento sia di già certamente nullo o invalido cessa naturalmente il costringimento all' adizione L. 27. § 6. D. *eod.* L. 29. C. *de fideicomm.* (6 42.)

(51) L. 13. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

rede, egli può anche esser costretto all'adempimento della condizione, se il fedecommessario lo rende indenne, anzi basta che il fedecommessario adempisca la condizione invece dell' erede (52). Al contrario nel caso che il fedecommesso sia condizionale, Antonino Pio stabilì l'arbitraria distinzione che un erede universale possa anche quì esser costretto, nel qual caso, se di poi venga a mancare la condizione del fedecommesso, il patrimonio si debba restituire ai creditori, ma uno fra più coeredi non possa esser costretto, salvo nei casi, in cui può aver luogo la *cautio Muciana*(53), ed anche il primo non possa esser costretto che in quanto il fedecommesso non fosse lasciato ad uno schiavo del testatore o dell'erede, pel caso della sua futura manomissione, nel qual caso si deve attendere che si consegulsca la libertà (54). Nondimeno sulla richiesta dell' erede gravato dee sempre concedèrglisi un termine a deliberare, e se egli in questo termine si dichiari per l'accettazione dell' eredità, ciò vale come una volontaria adizione, nella quale egli per lo meno ritiene la quarta falcidia (55). Il passaggio del patrimonio nel fedecommessario, per effetto del quale egli, non altramente che un erede per effetto dell'adizione, entra immediatamente in tutt' i dritti e le obbligazioni per quanto a lui ricadono, avviene per la *restitutio fideicommissi*, cioè per la dichiarazione dell'erede di voler rilasciare al fedecommessario l'eredità, o la parte che gli spetta(56). Questa dichiarazione, la quale nell'adizione costretta può sempre esser richiesta in contanente, e nella volontaria, almeno quando il fedecommesso non è nè condizionale nè a termine (57), può farsi anche dai successori ed ai successori degli originari interessati (58), non è dipendente da alcuna formalità (59), ed ammette procuratori da ambo i lati (60). Nondimeno, quando un pupillo sia capace a ciò, il tutore dee lasciare che egli medesimo agisca (61). Ma i minori in ciò non hanno neppure mestieri del

(52) L. 9. § 3. L. 31. § 2. L. 55. § 3. L. 63. § 7-10. L. 64. § 1. D. *eod.*
(53) L. 11. § 2. L. 12. L. 18. pr. L. 65. § 1. D. *eod.* Non si oppone L. 27. § 4. D. *ead.*
(54) L. 16. § 13. 14. 17. L. 31. § 1. L. 52. § 1. L. 55. § 1. D. *eod.* Non si oppone L. 22. § 1. L. 53. D. *eod.*
(55) L. 9. § 1. L. 71. D. *eod.*
(56) L. 1. § 2. L. 37. pr. L. 63. pr. D. *eod.* § 4. J. *de fideic. her.* (2. 23.)
(57) L. 41. § 14. D. *de legat.* III. (32.)
(58) L. 40. § 1. L. 46. L. 55. § 4. L. 66. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(59) L. 37. pr. D. *eod.*
(60) L. 1. § 10-15. L. 11. § 2. L. 37-42. D. *eod.*
(61) L. 1. § 12. 13. L. 35. L. 37. § 1. 2. L. 39. L. 40. L. 65. § 3. L. 66. § 1. D. *eod.* L. 7. pr. C. *eod.* (6. 49.)

consenso del Curatore (62). Anzi in tre casi, secondo una disposizione di Giustiniano, la restituzione si ritiene come avvenuta, cioè quando il fiduciario è morto senza eredi, quando egli dolosamente ricusa di farla, e quando un fedecommesso che si dovrà ulteriormente restituire dal fedecommessario è scaduto presso di lui (63). Del resto se il fedecommessario non ha richiesto l'adizione, non è tenuto ad accettare la restituzione nè in generale, nè prima del tempo (64); ma se un erede costretto all'adizione non può dipoi disfarsi dell'eredità, perchè forse il fedecommessario non si trova, allora gli si permette, mediante la restituzione nello stato primiero, di abbandonare l'eredità ai creditori ereditari, ed anche i suoi propri creditori possono farne la domanda, quando egli ciò non faccia (65). Finchè la restituzione nè si è effettuata, nè può essere ammessa per finzione, il gravato per ogni rispetto rimane proprietario del patrimonio con tutt' i dritti e doveri di un erede (66). Ma per cagione del suo dovere della restituzione egli deve ordinatamente amministrare il patrimonio (67), e non può alienar nulla (68), tranne quando il fedecommessario vi consenta (69), quando le cose deperirebbero (70), o quando il pagamento de'debiti ereditari lo richiegga (71), e ne'fedecommessi che non si debbono restituire che dopo la morte, anche allorchè egli non potrebbe dare altrimenti una dote da costituirsi o una *donatio propter nuptias* (72), o allorchè il fedecommesso non è che un *fideicommissum ejus quod superfuturum erit* (73). Pel tempo, nel quale la rendita gli appartiene, a lui anche si aspetta di sopportare le spese ordinarie di mantenimento, come pure le imposte, e di pagare gl' interessi dei debiti ereditarii (74). Per contrario dalla restitu-

(62) L. 1. § 14. D. *eod.*

(63) L. 7. § 1. C. *eod.*

(64) L. 10. L. 16. § 4. D. *eod.* § 9. J. *de fideic. her.* (2. 23.) Confr. con L. 67. pr. D. *eod.* Non si oppone L. 12. C. *de fideic.* (6. 42.)

(65) L. 1. § 6. D. *de separat.* (42. 6.) L. 11. § 2. L. 44. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(66) L. 27. § 2. 7. L. 58. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1-) L. 104. D. *de solut.* (46. 3.)

(67) L. 22. § 3. L. 78. § 6. D. *ad Sct. Tseb.* (36. 1.)

(68) L. 70. § 1. D. *eod.* L. 3. § 2. 3. C. *commun. de legat.* (6. 43.)

(69) L. 11. C. *de fideic.* (6. 42.) L. 88. § 14. D. *de legat.* II. (31.)

(70) L. 22. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(71) L. 114. § 14. D. *de legat.* I. (30.)

(72) L. 22. § 4. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Nov. 108. c. 1.

(73) V. Nota 19-22.

(74) L. 19. § 2. L. 58. § 2. D. *eod.*

zione in poi il fedecommessario, nella presupposizione che il fedecommesso sia già scaduto, viene in sostanza riguardato in tutto come un erede, *est heredis loco*, e per conseguenza, secondochè il gravato ha dovuto restituir tutto o soltanto una parte, egli subentra interamente nel suo luogo, ovvero divien coerede del medesimo (75). Ma se fra più fedecommessarii alcuni soltanto sieno nominati puramente e semplicemente, ma gli altri sotto condizione, o a termine, il patrimonio provvisoriamente passa soltanto a quelli, ed essi poi più tardi avranno a dividerlo coi rimanenti (76). In seguito di questo passaggio della successione nel fedecommessario il medesimo può:

1.° Intentare anche le azioni introdotte per gli eredi (77), ma l'*hereditatis petitio* soltanto contro i terzi (78) e non già contro lo stesso fiduciario (79), l'*actio* poi *familiae herciscundae* tanto contro costui, allorchè questi ritiene una parte, quanto contro i confedecommessarii (80).

2.° Tutti gli oggetti ancora esistenti dell'eredità ora in tutto o in parte si appartengono al fedecommessario, anche quando fossero stati alienati dall'erede (81), senza che per questo abbia mestieri di una presa di possesso riguardo alle cose (82), o della cessione riguardo ai crediti (83), e questo passaggio dei crediti si estende anche ai dritti accessorii acquistati dall'erede relativamente ad essi (84).

3.° Nella stessa guisa il fedecommessario senza espromissione, o altro atto di obbligazione succede nei debiti ereditarii in proporzione di ciò che gli si è restituito (85), cosicchè egli è risponsabile sul proprio

(75) § 3. 7. J. *de fideic. her.* (2. 24.) L. 10. L. 38. L. 64. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). La *hereditatis petitio*, che un terzo ha intentata contro l'erede ha intanto il suo corso L. 55. § 5. D. *eod.* Confr. anche L. 63. § 2. D. *eod.*

(76) L. 1. § 9. L. 28. pr. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(77) L. 3. § 2. D. *de fideic. her. pet.* (5. 6.)

(78) L. 54. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 1. L. 2. L. 3. pr. D. *de fideic. her. pet.* (5. 6.

(79) L. 3. § 1. D. *eod.*

(80) L. 24. § 1. L. 40. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 27. § 11. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(81) L. 3. § 2. 3. C. *commun. de leg.* (6. 43.). Per conseguenza si convalidano le disposizioni che il fedecommessario ha fatte anteriormente sulle cose dell' eredità L. 56.) L. 65. § 4. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(82) L. 12. § 1. D. *de publ. act.* (6. 2.) L. 63. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(83) L. 1. § 2. L. 27. § 7. L. 40. pr. L. 64. pr. D. *eod.*

(84) L. 22. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 8. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6. L. 21. pr. D. *de fidejussor.* (46. 1.)

(85) § 6-9. J. *de fideic. her.* (2. 24.) L. 1. § 2. 9. L. 11. § 2. L. 16. § 4. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

patrimonio anche al di là del valor e della massa (86). Solo è da notare che gli competono non solo quelle eccezioni, che avrebbe potuto allegare il testatore (87), ma anche quelle che l'erede avea acquistate (88).

4.° In quanto i crediti e i debiti sieno passati nel fedecommessario, ha luogo l'*exceptio restitutae hereditatis*, se l' erede tuttavia agisca pei crediti, o sia convenuto pei debiti (89, e la *condictio indebiti*, se di già per errore abbia pagato (90).

5.° La confusione dei dritti e delle obbligazioni dell'erede avvenuta per la successione cessa interamente per rispetto ai dritti reali (91), e sarebbe conseguente che anche così avvenisse pei crediti e pei debiti; ma nondimeno quì si ammette soltanto che resti una obbligazione naturale, la quale dà dritto a compensare e a dedurre (92).

6.° Sebbene l'*hereditatis petitio* non si possa intentare contro il fiduciario, nondimeno anche qui s' incontrano delle obbligazioni somiglianti a quelle che in quest' azione han luogo, le quali in generale si possono far valere con l' *actio ex testamento*, ma nel caso di una restituzione parziale, anche coll'*actio familiae herciscundae*. Imperocchè il fiduciario è tenuto 1) a consegnare al fedecommessario o interamente o per una parte proporzionata tutto quello, che egli possiede dell'eredità con le pertinenze ed accessioni (93), 2) a cedere i crediti che egli come possessore dell'eredità ha acquistati (94), quando questi come accessorio dei dritti ereditarii non sieno da sè stessi passati nel fedecommessario (95); 3) a restituire ciò che egli ha riscosso dai debitori

(86) § 9. J. *eod.* L. 4. D. *eod.*

(87) L. 1. § 4. D. *eod.*

(88) L. 8. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.). Da ciò segue che quando l'erede ha accettato coll' inventario, questo deve giovare anche al fedecommessario. Ma è falsa senza dubbio l' opinione di Vinnio Comm. ad Inst. ad § 9. J. *de fideic. her.*, che il fedecommessario anche per sè stesso goda del *beneficium inventarii.*

(89) L. 1. § 4. L. 27. § 7. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). La L. 49. pr. D. *eod.* contiene soltanto una eccezione singolare a cagione del *periculum in mora.*

(90) L. 64. pr. D. *eod.*

(91) L. 59. pr. L. 73. § 1. D. *eod.*

(92) L. 27. § 11. L. 44. pr. L. 51. L. 58. pr. L. 59. pr. L. 62. pr. L. 80. D. *eod.* Non pertanto da questi passi si scorge che su questo punto non erano di accordo tutti i Giureconsulti Romani, ed in parte statuivano che l' obbligazione rivivesse pienamente.

(93) L. 18. § 2. L. 27. § 11. L. 58. § 4. D. *eod.* Come s' intende da sè il gravato non può sostituire il valore, quando egli dee dare le stesse cose ereditarie. V. § 374. Nota 26. Sulle cose, che l' erede ha tentato di occultare, egli perde in pena la sua porzione L. 48. D. *eod.*

(94) V. Nota 84.

(95) L. 66. § 2. L. 73. pr. D. *eod.*

ereditarii (96); e 4) a pagare gl' interessi moratorii, come pure a risarcire i danni e le perdite cagionate per colpa (97), nel che però egli risponde soltanto della colpa grave (98). Ma dall' altro lato il fedecommessario dee bonificare al fiduciario i pagamenti e le spese, che non stanno a carico di costui (99), e liberarlo dalle obbligazioni, che il medesimo, come possessore dell' eredità, ha dovuto contrarre, ovvero prestargli sicurtà di esserne rivaluto (100).

7.° Da ultimo il fedecommessario in proporzione di ciò che ha ricevuto è anche tenuto di addossarsi i legati singolari imposti all' erede (101). E per conseguenza 1) se tutto il patrimonio gli sia stato restituito, egli solo è tenuto ai legati non altrimenti che ai debiti (102), ed una siffatta restituzione totale può incontrare per quattro cagioni. A. Se il testatore ha imposto all' erede la restituzione di tutto, ma nel tempo stesso si è in uno dei casi, nei quali cessa la deduzione della quarta falcidia (103); B. Se l'erede spontaneamente rilascia tutto al fedecommessario, il che veramente non obbliga i terzi (104), e se l'erede ha ciò fatto per errore, gli dà anche dritto a ripetere quel che ha restituito di più (105), ma in quanto al fedecommessario, dopochè egli ha ricevuto una volta tutta la successione, lo obbliga assolutamente a rilevare il fiduciario da tutt' i pesi della medesima (106); C. Se un *suus*, dopo di aver restituita una parte della eredità, si astiene, nel qual caso il fedecommessario deve o accettar tutto, o restituire anche la sua parte ai creditori (107); D. Se l'erede è stato costretto all' adizione (108), nel

(96) L. 47. D. *eod.*

(97) L. 3. pr. L. 17. § 8. D. *de usur.* (22. 1.) L. 8. § 3. L. 25. § 2. 3. L. 71. § 1. L. 78. § 6. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(98) L. 22. § 3. L. 58. § 1. D. *eod.* L. 108. § 12. D. *de legat.* I. (30.). Di altra opinione è *Hasse* Culpa p. 272. seg., il quale vuole che il fiduciario sia obbligato alla *diligentia quam in suis rebus.*

(99) L. 19. § 2. L. 22. § 3. L. 27. § 17. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 1. C. *eod.* (6. 49.) Confr. Nota 74.

(100) L. 1. § 16. L. 36. L. 69. L. 78. § 15. D. *eod.*

(101) L. 2. L. 8. C. *eod.* L. 15. § 1. D. *ut leg. seu fideic. serv. causa cav.* (36. 3.)

(102) L. 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 8. C. *eod.* (6. 49.) Confr. Nota 85.

(103) L. 1. § 19. L. 3. § 1. D. *eod.* V. § 373. Nota 34. 36. 62-66.

(104) L. 45. L. 60. L. 63. § 3. D. *eod.*

(105) L. 21. L. 60. L. 68. § 1. D. *eod.*

(106) L. 10. D. *eod.* L. 8. C. *eod.* L. 12. C. *de fideicomm.* (6. 42.) § 7. J. *de fideicomm. her.* (2. 23.)

(107) L. 79. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(108) V. Nota 39.

qual caso egli non può nè dedurre la quarta (109), nè ritenere le cose o le somme riserbategli dal testatore (110). Ma in questi casi il fedecommessario, sebbene per sè stesso non abbia alcun dritto alla quarta(111), pure può ritenere dai legatarii ciò che l'erede avrebbe potuto dedurre, se egli avesse ritenuta una parte dell'eredità, e su di questa avesse contribuito al pagamento dei legati (112). Ma al contrario 2) se l'erede ritiene qualche cosa dall'eredità, può avvenire che egli ed il fedecommessario non altramente che coeredi debbano proporzionatamente contribuire ai legati (113). E qui si prende in considerazione la deduzione della quarta falcidia, e sono a fare parecchie distinzioni (114). A. Se si è imposto all'erede di restituire precisamente tre quarti dell'eredità, e quindi non gli si è lasciato nè più nè meno della sua quarta, allora il fedecommessario è tenuto a soddisfare i legati egli solo, e, se fa mestieri, vi deve spender tutto ciò che ha ricevuto dopo dedotti i debiti (115). B. Ma se la quota lasciata all'erede ascende a più d'un quarto, p. e. alla metà dell'eredità, allora egli ed il fedecommessario son tenuti a contribuire al pagamento dei legati, ciascuno in proporzione della sua intera porzione (116), ma colla differenza essenziale, che l'erede non è tenuto a pagare se non fino al punto che gli resti salva la quarta dell'eredità, ed il fedecommessario dee rimettere dalla sua porzione ciò che quegli deduce (117). C. Se il testatore non ha riserbato all'erede una quota, ma sibbene una cosa o una somma determinata, per verità l'erede dee imputarla nella sua quarta, e non può fare alcuna deduzione, se non quando quella cosa non giunge al valore della quarta (118), il che prima di Giusti-

(109) L. 4. L. 14. § 4. L. 16. § 8. 9. L. 28. § 2. L. 55. § 3. L. 64. § 3. D. *eod.* L. 4. C. *eod.*

(110) L. 27. § 14. L. 55. § 3. L. 68. pr. D. *eod.*

(111) L. 47. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 22. § 5. L. 63. § 11. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(112) L. 1. § 19. L. 3. pr. L. 55. § 2. L. 63. § 11. D. *eod.* Non si oppone L. 28. § 2. D. *eod.*

(113) L. 2. C. *eod.* L. 1. § 17-21. D. *eod.*

(114) V. *Steemann* nella Temi di *Elver.* Nuovo seguito. Vol. I. n. 9.

(115) L. 1. § 21. D. *eod.*

(116) L. 1. § 20. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(117) L. 1. § 17. 18. D. *eod.* La circostanza che forse si è imposto all'erede, che egli debba provvedere al pagamento dei legati, non altera nulla nella computazione; egli allora dà tanto di meno al fedecommessario, non pertanto dee prestare a costui la *cautio defensum iri* L. 3. § 2. L. 16. § 3. L. 51. D. *eod.*

(118) L. 91. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 1. § 16. L. 30. § 3. 4. L. 58. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 2. C. *de codicill.* (6. 36.)

niano secondo gli Imperiali Rescritti non gli era neppure permesso (119); nel rimanente qui si procede nello stesso modo che quando si è restituita tutta la successione, e però il fedecommessario dee sopportare egli solo tutti i pesi e legati, anche quando il valore delle cose o delle somme riserbate all'erede superi di molto il quarto dell'eredità, imperocchè il fedecommessario avrebbe potuto rinunziare quando trovava che il fedecommesso gli era svantaggioso (120). D. Precisamente lo stesso avviene quando si è imposto al fedecommessario di dare all'erede qualche cosa come compenso della quarta, nel qual caso il fedecommessario è anche ritenuto come il solo possessore dell' eredità (121). E. Al contrario prima di Giustiniano molto diversamente si trattava il caso quando all' erede o non erasi lasciato nulla, o una parte minore del quarto, e per conseguenza vi era mestieri di una deduzione per compiere la quarta. Secondo il *Sctum Pegasianum* allora il fedecommesso era riguardato come un *legatum partitionis* (122), sul che per altro i Giureconsulti Romani non erano d' accordo come si dovesse computare il fedecommesso in concorrenza con altri legati (123). Ma da che Giustiniano ha prescritto che il fedecommessario anche in questo caso debba ritenersi come erede (124), ora ha luogo il medesimo rapporto che se all'erede fosse imposto di restituire precisamente tre quarti, giacchè questi ritiene la sua quarta, ed il fedecommessario è tenuto a pagare egli solo i legati (125). Tutti questi principii si applicano eziandio quando il fedecommesso non si dee restituir subito, ma dopo un certo termine, colla sola differenza che qui l'erede deve imputare nella sua quarta i frutti e gli utili ritratti nell'intervallo (126), che la diminuzione dell' eredità avvenuta per caso fortuito nel tempo intermedio diminuisce proporzionatamente anche la sua quarta (127),

(119) L. 30. § 4. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(120) § 9. J. *de fideicomm. her.* (2. 23.)
(121) L. 13. § 6. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 11. § 3. D. *de legat.* III. (32.) L. 30. § 7. L. 90. L. 91. L. 93. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 58. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 77. pr. D. *de legat.* II. (31).
(122) § 6. J. *de fideic. her.* (2. 23.) Confr. L. 86. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(123) L. 2. in fine L. 3. pr. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Celso volea calcolare il fedecommesso su quello soltanto che rimaneva dal puro patrimonio attivo dopo i legati, Marcello al contrario sull' ammontare di tutta l' eredità. La prima opinione era favorevole ai legatarii, la seconda ai fedecommessarii.
(124) § 7. J. *de fideicomm. her.* (2. 23.)
(125) § 7. J. cit. L. 8. C. *ad Sct. Treb.* (6. 49.)
(126) L. 18. § 1. L. 22. § 2. L. 27. § 16. L. 58. § 5. D. *eod.*
(127) L. 58. § 6. D. *eod.*

e che egli paga eziandio i legati o le parti dei legati che cadono sul fedecommesso, e quindi in fine non restituisce al fedecommessario se non ciò che è rimasto dopo il pagamento dei legati (128). Più semplice è il rapporto quando un fedecommessario deve alla sua volta o in tutto o in parte restituire il fedecommesso ad un altro. Anche questa seconda restituzione trasferisce così i legati come i debiti, che gravano sul fedecommesso; ma siccome qui non si deve dedurre alcuna quarta, così il passaggio si regola semplicemente secondo l'estensione di ciò che si è restituito, secondo che questo formi tutto il fedecommesso o solamente una parte del medesimo (129). Se ad un fedecommessario oltre ai legati trasferiti sopra di lui ne sieno imposti anche degli altri, egli veramente da questi non può mai dedurre la quarta in luogo dell'erede, come in certe circostanze potrebbe fare pei primi (130); ma se a lui medesimo sia stata fatta una deduzione, egli può bene proporzionatamente ridurli (131).

IX. Donazioni a causa di morte (*).

§ 389. Le donazioni a causa di morte *donationes mortis causa* come convenzioni differiscono veramente dai legati proprii in ciò che esse simigliantemente alle altre donazioni han bisogno dell'accettazione in vita del testatore (1); nondimeno in generale son trattate come legati (2). Certamente non è da ammettersi che così sia stato in ogni tempo; ma di già l'antica *Lex Furia testamentaria* le assomigliava almeno per un certo rapporto ai legati (3); di più non pare che la *Lex Cincia* riguardasse le donazioni a causa di morte, ed al tempo dei Giureconsulti classici l'eguaglianza era di già riconosciuta come regola (4). In ciò non si pon mente all' oggetto della donazione, e tanto meno alla

(128) L. 27. § 16. D. *eod.*

(129) L. 1. § 8. 19. L. 55. § 2. D. *eod.*

(130) L. 63. § 11. D. *eod.* V. Nota 112.

(131) L. 63. § 12. L. 78. § 11. D. *eod.* L. 32. § 4. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(*) *Muller* sulla natura delle donazioni a causa di morte Giess. 1827. 8.; *Hasse* nel Mus. Ren. vol. III. p. 300. seg.

(1) L. 55. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 28. L. 38. D. *de mort. causa don.* (39. 6.). Non si oppone L. 18. § 2. D. *eod.* nella quale la *exceptio pacti* indica che il Giureconsulto presupponeva un' accettazione da parte del debitore liberato.

(2) § 1. J. *de donat.* (2. 7.) L. 87. D. *de legat.* III. (32.) L. 15. L. 17. L. 37. pr. D. *de mort. causa don.* (39. 6.) L. 4. C. *eod.* (8. 57.)

(3) V. Nota 22.

(4) L. 15. L. 17. L. 37. pr. D. *eod.*

circostanza se il testatore abbia fatto una semplice promessa di donazione da adempirsi dall'erede, o se egli medesimo l'abbia già adempiuta (5). Ma l'eguaglianza coi legati si manifesta principalmente nelle seguenti applicazioni: 1) come tutte le disposizioni di ultima volontà anche le donazioni a causa di morte son sempre rivocabili (6), e si estinguono da sè quando il donatario muore prima del donante (7). Che se la donazione fu di già adempiuta, in ambedue i casi il donante e i suoi eredi possono ridomandare il dono dal donatario e dagli eredi di lui con la *condictio sine causa* (8). Ma gli oggetti donati possono esser rivendicati (9), presupposto che si trovino tuttora nel possesso del donatario, *si res extant* (10). 2) Ciò che in generale rende invalidi o estingue i legati, produce quest'effetto anche sulle donazioni a causa di morte, tale sarebbe una *capitis diminutio maxima e media* del donante (11). Nondimeno non vi ha alcuna ragione di far cadere queste donazioni a cagione di una nullità o invalidità del testamento, imperocchè esse non stanno in niuna connessione col testamento. 3) Chi è incapace di testare non può neppure donare per causa di morte, colla sola eccezione, che i figliuoli sotto la patria potestà possono donare in questa guisa, quando il padre presti loro il suo consenso (12). 4) Parimenti chi è incapace di essere onorato in un atto di ultima volontà, secondo un Senatoconsulto sconosciuto, non può neppur conseguire alcuna dona-

(5) L. 18. § 2. L. 29. L. 34. D. *eod.*

(6) L. 16. L. 19. L. 24. L. 27. L. 29. L. 30. L. 35. § 3. 6. L. 39. D. *eod.* Non si oppone L. 42. pr. D. *eod.*

(7) L. 23. L. 26. L. 32. L. 44. D. *eod.* Paul. S. R. III. 7. § 2.

(8) L. 13. pr. L. 18 pr. § 1. L. 19. L. 23. L. 24. L. 30. L. 35. § 3. 6. L. 37. § 1. L. 39. D. *eod.* È degno di nota che quando la donazione consiste nella remissione di un debito, la *condictio* ha luogo anche quando il debito, senza la remissione, sarebbesi prescritto L. 24. D. *eod.*

(9) L. 14. L. 29. L. 30. D. *eod.* Dalla L. 35. § 3. D. *eod.* il *Thibaut* Institutzioni Berlino. 1842. parte II. § 85. deduce che i Sabiniani aveano ammessa soltanto la *condictio*; ma quel passo non dimostra ciò, e nella L. 14. D. *eod.* anche Salvio Giuliano, il quale pure era Sabiniano presuppone l'ammisibilità della vindicazione.

(10) L. 14. D. *eod.* Precisamente così s'incontra anche « *si res extant* nella L. 30. C. *de jure dot.* (5. 12.), e così chiamansi *fructus extantes* soltanto i frutti, che il primo acquirente possiede tuttora. Ancora sarebbe cosa intollerabile, se il Giureconsulto nella L. 14. D. cit. nel suo *si fundus extet* avesse inteso parlare della semplice esistenza del fondo.

(11) L. 7. L. 17. D. *eod.* Un'eccezione si contiene nella L. 35. § 7. D. *eod.* per le donazioni di prestazioni annuali per un numero determinato di anni, le quali continuano, quando anche il donatario sia morto prima del decorrimento di questi anni.

(12) L. 25. § 1. D. *eod.* I figli di famiglia nella qualità di soldati naturalmente non hanno bisogno dell'approvazione del padre L. 15. D. *eod.*

zione a causa di morte (13). Soltanto è da notare che per rispetto alla capacità qui non si riguarda il tempo della donazione, ma quello della morte del donante (14). 5) Per contrario le donazioni a causa di morte tra'conjugi sono pienamente valide (15). 6) Qui si ammettono i sostituti, egualmente che nei legati (16). 7) Ed ancora possono al donatario imporsi nuovamente dei legati (17). 8) Per le donazioni non adempiute gli eredi son tenuti secondo i principii che valgono pei legati (18), ed oltre alle azioni nascenti dal contratto, han luogo eziandio quei mezzi legali che competono pei legati. Segnatamente quando sono state donate delle cose appartenenti al testatore medesimo, è applicabile anche la rivendicazione (19), e qui hanno pure applicazione le singolari disposizioni di Giustiniano intorno alla pena del ritardo dell'esecuzione dei legati (20). 9) Ma per questo gli eredi hanno anche qui gli ordinarii dritti dei gravati (21), e 10) quindi hanno anche dritto di dedurre la quarta falcidia. Veramente da principio ciò non avea luogo; imperocchè, sebbene di già la *lex Furia testamentaria* avesse ristretta la quantità delle donazioni a causa di morte come quella dei legati a mille assi (22), pure qui non si applicava ancora la *lex Falcidia*. Ma la conosciuta orazione di Settimio Severo sopra il convalidamento delle donazioni fra conjugi per la morte del donante sottopose anche le donazioni a causa di morte alla deduzione della quarta (23). 11) Senza una espressa disposizione del testatore le donazioni a causa di morte non son soggette a collazione neppur quando altre donazioni si debbano conferire per legge (24). 12)

(13) L. 35. pr. L. 22. L. 9. D. *eod.*

(14) L. 22. D. *eod.*

(15) L. 11. L. 40. L. 43. D. *eod.* L. 11. § 1. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.). Non si oppone L. 76. D. *de her. inst.* (28. 5.), la quale dev'essere intesa di uno schiavo semplicemente promesso, ma non consegnato.

(16) L. 50. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 10. D. *de mort. causa don.* (39. 6.)

(17) L. 1. C. *eod.* (8. 57.) L. 9. C. *de fideicomm.* (6. 42.)

(18) V. § 371. Nota 21-26.

(19) L. 29. L. 42. pr. D. *de mort. causa don.* (39. 6.)

(20) Nov. 1. c. 1. 4.

(21) L. 1. § 10. D. *si cui plus quam per leg. falc.* (35. 3.)

(22) *Varro* Fragm. de vita pop. Rom. p. 127. ed. Bipont. V. § 311. Nota 29.

(23) L. 5. L. 18. C. *ad leg. falc.* (6. 50.) L. 2. C. *de mort. causa don.* (8. 57.) L. 32. pr. D. *de don. int. V. et U.* (24. 1.) L. 15. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 27. L. 41.) pr. D. *de mort. causa don.* (39. 6.) Paul. S. R. III 8. § 1. La stima della donazione qui è la stessa che la stima dei legati L. 18. § 1. 3. L. 31. § 1. 3. 4. D. *eod.*

(24) V. § 359.

Molti Giureconsulti Romani volevano anche in generale che fossero esenti dalla insinuazione, finchè Giustiniano non ebbe deciso, che ne fossero esenti soltanto allorchè fossero intervenuti i cinque testimoni necessarii alla disposizione dei legati, cosicchè anche senza accettazione potessero valere come disposizioni unilaterali (25). Intanto la predetta eguaglianza coi legati ha luogo assolutamente soltantò allorchè il donante espressamente ha donato a cagione del timore della sua morte, tanto se abbia avuto in mente la sua morte come immediatamente imminente, quanto se sia stato indotto dalla considerazione di dover morire e lasciare i suoi beni (26). Imperocchè solo quando si è dichiarata quella ragione del donare può scorgersi in ciò l' espressione del donante, che egli più volentieri terrebbe per sè le cose donate, e che ne disponga semplicemente perchè ciò non può durare, e non perchè abbia in animo di esercitare alcuna propria liberalità; e la manifestazione di una tale intenzione del donante è la sola ragione per la quale queste donazioni son riguardate come disposizioni di ultima volontà (27). Quando il donante ha semplicemente differita l'esecuzione fino alla sua morte, o in altra guisa ha avuto riguardo alla morte sua o di un terzo, senza indicare che la sua morte sia la cagione del donare, la donazione allora si dice anche talvolta *donatio causa mortis* (28), ma viene in tutto riguardata come un' ordinaria donazione tra vivi (29). Nondimeno quando sono intervenuti alla donazione cinque testimoni, allora la medesima, secondo la decisione di Giustiniano, è sempre da tenersi come eguale ad un legato, imperocchè qui la forma, che si è adoperata, mostra l' intenzione di voler fare una disposizione di ultima volontà (30).

CAPITOLO X.

DELLE CADUCITA' ED INDEGNITA'

I. Caducità (*)

§ 390. Per aprire al Fisco una fonte di guadagno e per procurare

(25) L. 4. C. *de mort. causa don.* (8. 57.) V. § 321.
(26) L. 2-6. L. 31. § 2. L. 35. § 4. D. *eod.*
(27) L. 1. L. 35. § 2. D. *eod.*
(28) L. 2. in fine L. 23. § 2. L. 28. pr. L. 29. L. 35. § 4. L. 42. § 2. D. *eod.*
(29) L. 27. L. 42. § 1. D. *eod.*
(30) L. 4. C. *eod.*
(*) *Heineccii* Comment. ad leg. Jul. et Pap. Pop. lib. III. *Schneider* l' antico dritto di accrescimento, e le disposizioni caducarie Berlino 1837. 8.

un mezzo per premiare il matrimonio e la procreazione dei figliuoli la *lex Julia* e *Papia Poppaea* in parecchi casi avea dichiarato devoluto al Fisco *caducum* ciò che nelle disposizioni di ultima volontà mediante istituzione di erede o legati si era lasciato ad alcuno, quando l'onorato non l'acquistava, senza però impedire al testatore di fare un altro testamento, quando la caducità si fosse verificata durante la sua vita, per la qual ragione allora solevasi dire che il patrimonio fosse soltanto *in causa caduci*, cioè nella posizione di divenir caduco, imperocchè qui il testatore avea il potere di evitare la caducità mediante una nuova disposizione (1). I casi di questa caducità erano:

1.° Allorchè uno di più collegatarii non acquistava la sua parte nel legato, ed era indifferente in qual modo non l'acquistasse, se per rinunzia, o per altre ragioni (2), e la legge, per accrescere i casi di caducità, avea disposto che il deferimento dei legati non potesse seguire che all'apertura del testamento (3).

2.° Allorchè l'onorato, o erede o legatario che fosse, moriva o pativa una *capitis diminutio maxima* o *media*, senza aver precedentemente acquistato, e quindi in tutt'i casi in cui prima dell'apertura del testamento era avvenuta la sua morte naturale o civile (4), ma nelle disposizioni condizionali, anche allorchè l'onorato semplicemente prima del verificarsi della condizione veniva a mancare in una delle predette guise (5);

3.° Allorchè un onorato non avea corrisposto alle prescrizioni della *lex Julia et Papia Poppaea* sul matrimonio e sulla procreazione dei figli. Nondimeno qui avean luogo parecchie distinzioni, imperocchè 1) i discendenti e gli ascendenti del testatore fino al terzo grado erano per questo riguardo interamente esenti dalla legge, e poteano succedere senza restrizione come per lo innanzi, e però di essi si diceva che aveano il *jus antiquum in caducis* (6). Ma in altri casi 2) le persone che in una certa età non si erano maritate, *coelibes*, erano pienamente *incapaces*, cioè non potevano acquistare ciò che si lasciava loro in un atto di ultima volontà purchè al più tardi fra cento giorni dopo la morte del

(1) L. un. § 2. 4. C. *de cad. toll.* (6. 52.)

(2) Caj. II. 206. 207.; Ulp. XXIV. 12.; L. 7. D. *de legat.* II. (32.) Confr. con L. un § 22. C. *de cad. toll.* (6. 52.)

(3) Ulp. XXIV. 32. V. sopra § 375. Nota 7.

(4) Ulp. XVII. 2.; L. un. § 2. 5. C. *eod.*

(5) L un. § 7. C. *eod.* Confr. con Ulp. XXIV. 32. L. 4. pr. L. 5. § 2. D. *quando dies* (36. 2.)

(6) Ulp. XVIII.

testatore non si fossero maritate (7), e si ritenevano come *coelibes* gli uomini puberi al di sotto di sessant'anni e le donne puberi al di sotto di cinquanta, quando non erano maritati, o aveano contratto un matrimonio proibito (8), e per le donne che erano state maritate, quando era anche passato il termine legale per rimaritarsi, il quale per le vedove era di due anni e per le donne separate per divorzio, di diciotto mesi (9). Un *Sctum Persicianum* A. di R. 787. (34 dopo Cr.) adottò più rigorosamente questi principii disponendo, che coloro i quali in generale avessero contratto matrimonio soltanto dopo il 60mo o 50mo anno non fossero immuni dai danni del celibato (10), e sebbene un *Sctum Claudianum* fosse venuto di poi in favore degli uomini a mitigar questo rigore, col dichiarare che fosse sufficiente il matrimonio d'un uomo di 60 anni, purchè la moglie avesse meno di 50 anni (11), pure un *Sctum Calvisianum* sotto Nerone A. di R. 814. (61. dopo Cr.) negò alle donne di 50 anni un somigliante favore, quantunque avessero sposato un uomo giovane, anzi attribuì al Fisco la dote di una tal moglie (12). D'altra parte 3) coloro che eran privi di figliuoli, *orbi*, i quali per verità si erano legittimamente maritati ma non avean figliuoli, erano parzialmente *incapaces*, giacchè A. di quello che un terzo avesse loro lasciato per disposizione di ultima volontà non poteano conseguire che la metà (13), e B. reciprocamente fra loro poteano conseguire almeno un decimo del patrimonio, *decimas* insieme coll' usufrutto sopra un terzo, il quale, se l'onorato più tardi in un altro matrimonio avea dei figliuoli, passava anche in sua proprietà (14). Alla moglie oltre a ciò potea validamente legarsi la sua dote, ed inoltre un figliuolo che moriva dopo essergli stato imposto il nome *post nominum diem*, rendeva capaci i conjugi di ricevere l'uno dall'altro un secondo decimo, e chi avea dei figliuoli viventi di un primo matrimonio, poteva dall'altro conjuge conseguire anche un altro decimo per ciascuno di questi figliuoli (15). Oltre a ciò si davano qui parecchie eccezioni dall'incapa-

(7) Ulp. XVII. 1. XXII. 3; Caj. II. 111. 144. 286.
(8) Ulp. XV. 1. 2. 3.
(9) Ulp. XIV.
(10) Sueton. in Claud. c. 23.; Ulp. XVI. 3.; L. 27. C. *de nupt.* (5. 4.) V. la mia St. § 101. n. 8.
(11) Ulp. l. c. V. la mia St. § 102. n. 9.
(12) Ulp. XVI. 4. V. la mia St. § 103. n. 6.
(13) Caj. II. 286.
(14) Ulp. XV.; L. 2. C. *de infirm. poen. orb.* (8. 58.)
(15) Ulp. l. c.

città, in ispezialtà A. che anche un aborto si riguardasse come un figlinolo (16); B. che i figliuoli perduti dovessero computarsi come tuttora viventi, quando i conjugi avessero perduto un figliuolo pubere ovvero due figliuoli di tre anni, ovvero tre figliuoli dopo l'imposizione del nome *post nominum diem* (17); C. che una vedova, la quale, prima che fossero trascorsi i dieci mesi, fosse partorita, potesse acquistare tutto ciò che il marito le avea lasciato (18); e D. che in generale non si tenesse conto dell' orbità, quando un marito avea meno di 25 o più di 60 anni, ed una moglie meno di 20 o più di 50, quando i conjugi erano fra loro parenti tra il sesto grado, o aveano ottenuto dall' Imperadore il *jus liberorum*, e quando il marito al tempo che si fece il testamento, o non più di un anno prima era stato assente (19).

4.° A questi casi di caducità introdotti nella *lex Papia Poppaea* si aggiunse per la *lex Junia Norbana* anche un quarto caso, giacchè questa legge dichiarò assolutamente incapaci anche i *Latini Juniani*, e dichiarò caduco tutto ciò che si fosse lasciato loro negli atti di ultima volontà, quando fra cento giorni dopo la morte del testatore non avessero ottenuto la cittadinanza (20). Da principio l' incapacità e la caducità non si estendeva ai fedecommessi, ma il noto *Sctum Pegasianum* per questo riguardo li assomigliò ai legati (21). Quantunque però il *caducum* propriamente si appartenesse al Fisco, pure per un certo tempo furono altri preferiti al Fisco. Così se un testatore avea istituiti eredi dei parenti, ai quali competeva il *jus antiquum in caducis*, a questi ricadeva il *caducum* (22), e se non vi erano di tali eredi ma invece erano stati onorati dei *patres*, cioè uomini che aveano dei figliuoli legittimi, allora costoro conseguivano il patrimonio caduco, il che dicevasi *jus patrum caduca vindicare*, nel che gli eredi che aveano figli erano preferiti ai legatarii, quando colui che mancava non avea propriamente un collegatario, che fosse parimente padre, ma in mancanza di eredi con figliuoli venivano i legatarii, cosicchè la successione non si attribuiva al Fisco, se non quando fra gli onorati non vi fosse

(16) L. 135. D. *de V. S.* (50. 16.). Basta in generale l' esistenza di un figliuolo L. 148. L. 149. D. *eod.*

(17) Ulp. XVI. 1.

(18) Ulp. l. c.

(19) Ulp. l. c.

(20) Caj. I. 23. 24. II. 110. 275. III. 62.; Ulp. XVII. 1. XXII. 3.

(21) Caj. II. 286. Intanto anche Ulp. XXV. 7. dice dei *Latini Juniani*, che essi potevano acquistar fedecommessi.

(22) Ulp. XVIII. Confr. I. 21. XVII. 2.

stato alcun padre (23). Il *Sctum Plancianum* sotto Vespasiano, il quale attribuì al Fisco i *fideicommissa tacita* (24), negò nel tempo stesso il dritto della *caducorum vindicatio* all' erede che avesse assunto un *fideicommissum tacitum* (25), ed Antonino Pio la lasciò in generale soltanto ai menzionati parenti del testatore, ma la tolse interamente ai padri considerati nel testamento (26). Ma più tardi la caducità fu generalmente abolita. Costantino fu il primo a restituire la capacità ai celibi e a coloro che non avean figliuoli (27). Intanto pare che ciò non fu esteso alla reciproca capacità di succedere dei conjugi senza figliuoli, imperocchè Onorio ebbe ancora a disporre che questi potessero conseguire l'uno dall'altro non solo il decimo *decimas*, ma anche l'intero patrimonio (28). Gli altri casi di caducità si mantennero veramente fino a Giustiniano, sebbene ristretti per la così detta *transmissio Theodosiana* (29); ma allorchè Giustiniano nell' anno 531 abolì lo stato dei *Latini Juniani* (30), cessò con questo la caducità, che proveniva dalla loro incapacità, e nel 534 egli tolse via anche i rimanenti casi di caducità, giacchè ciò che un erede o legatario non acquistava egli in generale lo attribuì a coloro che avrebbero ricevuto o ritenuto il non acquistato, se colui non fosse stato onorato (31).

II. Indegnità.

§ 391. Somiglianti principii e per somiglianti ragioni noi troviamo nei così detti casi d' indegnità, se non che questi riguardano eziandio la successione ab intestato, ed in parte possono anche incontrarsi dopo l'acquisto della successione, ed è anche a notare che in tutti si ha per iscopo una punizione. In fatti ci ha una moltitudine di azioni ed omissioni, per le quali un erede, legatario, o fedecommessario può divenire indegno di succedere, ovvero di conservare l'eredità o il legato, se

(23) Caj. II. 206-208. 286.: Ulp. I. 21. XXV. 17.: Fragm. de jure fisci § 3.: Taciti Ann. III. 28.: Juvenal. Satyr. IX. v. 87. seg.; *Rudorff* nel giornale per la cognizione stor. del dritto vol. VI. n. 6.

(24) V. § 372. Nota 6.

(25) Ulp. XXV. 17.; L. 59. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(26) Ulp. XVII. 2.

(27) L. 1. C. *de infirm. poen. orb.* (8. 58.) L. un. C. Th. *eod.* (8. 16.); Eusebi i Vita Constant. IV. 26.

(28) L. 2. C. *eod.*

(29) V. § 368.

(30) L. un. C. *de lat. lib. toll.* (7. 6.)

(31) L. un. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

di già l'abbia acquistato. Ciò che l' indegno non può ricevere o ritenere, detto forse *ereptorium o ereptitium*, e comunemente anche *caducum* (1), per regola si deferisce al Fisco, e per eccezione anche ad altre persone. Pare che la *lex Papia Poppaea* del pari fosse servita di fondamento a questa teorica, e che o avesse introdotto i primi casi d' indegnità, ovvero avesse per la prima volta attribuito al Fisco ciò che veniva tolto per cagione d' indegnità (2); ad ogni modo la più parte dei casi d' indegnità si appartiene all'epoca imperiale, nella quale fino a Giustiniano si vennero accrescendo, e sussistono tuttavia nel dritto di Giustiniano.

1. I casi d' indegnità a favore del Fisco, e 1) che riguardano semplicemente gli eredi, sono: A. quando nel caso di uccisione del testatore un erede fa l'adizione, o domanda la *bonorum possessio*, o procede semplicemente all'apertura del testamento, prima che l'inquisizione da farsi contro gli schiavi dell'ucciso (3) sia finita (4), ovvero quando trascura di far render conto all'uccisore, quando il possa (5), la qual cosa solo agli eredi minori non può tornare di danno (6); B. quando un erede ha cagionato la morte del testatore, e questo caso d' indegnità ha origine da una disposizione di Antonino Pio (7); C. quando il testatore ha aperto il suo testamento ed ha cassato soltanto i nomi degli eredi, senza cancellar tutto, ovvero ha rivocato in altra guisa le istituzioni di ere-

(1) L'ultima indicazione trovasi p. es. nella L. 9. D. *ad Sct. Silan.* (29. 5.). Per la prima Ulp. XIX. 17. è la sola fonte, e la lezione qui non è sicura. Confr. L. 26. D. *ad leg. Corn. de fals.* (48. 10.) L. 49. D. *de jure fisci* (49. 14.) Cujacii Obs. VI. 37.

(2) Ulp. l. c. Soltanto è da notare che neppure un solo caso d' indegnità può con sicurezza riferirsi alla *lex Papia Poppaea*, ovvero dimostrarsi di un tempo anteriore.

(3) V. § 327. Nota 22.

(4) Paul. III. 5. § 10. L. 1. § 21. L. 3. § 29. L. 5. § 2. 3. L. 27. D. *ad Sct. Silan.* (29. 5.) L. 3. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 14. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 9. C. *de his quae ut indign.* (6. 35.). Il divieto che qui incontrasi di fare l'adizione prima che abbia fine l'inquisizione si fonda in vero sopra un Editto del Pretore L. 3. § 18. 29. D. *ad Sct. Silan.* (29. 5.), ma questo Editto non può essere la fonte dell' indegnità, imperocchè per la trasgressione di tal divieto esso non avea stabilito che un'azione penale L. 25. § 2. D. *eod.*, e tanto meno è da ricercar questa fonte nella *lex Papia Poppaea*, giacchè quell' Editto era più recente del *Sct. Silanianum* pubblicato l'anno di Roma 763., e per conseguenza anche più recente di quella *Lex* L. 3. § 18. D. *eod.*

(5) L. 5. § 3. L. 9. L. 15. § 2. D. *ad Sct. Silan.* (29. 5.) L. 18. § 1. L. 21. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 1. L. 6. L. 7. L. 9. L. 11. C. *eod.* (6. 35.)

(6) L. 6. C. *eod.*

(7) L. 3. D. *eod.* L. 7. § 4. D. *de bon. damn.* (48. 20.) L. 9. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 10 C. *de his quae ut indign.* (6. 35.) *Koch* de bon. hereditar. heredi occisori tanquam indigno eripiendis Lipsia 1778. 4.

de, senza annullar tutto il testamento, nel qual caso parimente il Fisco subentra nel luogo degli eredi rigettati, il che forse potrebbe avere il suo fondamento nella *lex Papia Poppaea* (8), e veramente fu abolito dall'Imperadore Pertinace (9), ma nondimeno fu poi conservato (10); D. quando è manifesto che alcuno istituito erede come figliuolo del testatore non sia che un figliuolo supposto (11); E. quando un erede, vivendo il testatore, senza sua saputa e volontà abbia disposto sulla successione (12); e F. quando un discendente emancipato del testatore, il quale sia stato trasandato da costui, ma nondimeno sia stato nominato sostituto pupillare di un figliuolo istituito, abbia domandato la *bonorum possessio contra tabulas* contro il testamento paterno, e di poi come sostituto adisca l'eredità del figliuolo (13). 2) Al contrario i casi d'indegnità qui appartenenti i quali si riferiscono tanto ai legatarii e fedecommessarii, quanto agli eredi sono: A. quando alcuno per violenza o dolo abbia impedito il testatore dal fare o mutare un testamento, il che secondo una disposizione di Adriano rende indegni di conseguir qualche cosa dalla successione lui medesimo, i suoi figliuoli, compresi anche quelli che non stanno più sotto la sua potestà, ed i suoi schiavi (14); B. quando un testamento viene impugnato come ingiusto con la *querela inofficiosi*, ovvero come illegale e falso, e la lite si continua fino alla decisione diffinitiva, ma l' attore rimane soccumbente (15), pel qual modo a. non solo l'attore medesimo diviene indegno (16), salvo se egli

(8) L. 3. D. *de his quae in test. del.* (28. 4.) L. 12. L. 16. § 2. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 4. C. *eod.* (6, 35.)

(9) Capitolin. in Pertinace c. 7.

(10) Imperocchè la L. 4. C. cit. è più recente della disposizione di Pertinace, ed ancora quel principio fu ricevuto nelle Pandette, mentre la costituzione di Pertinace non si trova nel Codice.

(11) L. 46. pr. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(12) L. 2. § 3. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 29. § 2. L. 30. D. *de donat.* (39. 5.)

(13) L. 2. pr. D. *de his quae ut indign.* (39. 4.). Se colui che ha chiesto la *bon. poss. c. t.* non può ottenere alcun legato dal testamento impugnato L. 18. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.), ciò non proviene dall'indegnità.

(14) Paul. S. R. V. 12. § 2. L. 1. L. 2. D. *si quis aliquem testari proh. vel coeg.* (29. 6.) L. 2. C. *eod.* (6. 34.) L. un D. *quib. non comp. bon. poss.* (38. 13.). L. 19. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) Confr. anche Nov. 115. c. 3. § 9. c. 4. § 4.

(15) L. 8. § 14. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 5. § 1. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 13. § 9. L. *de jure fisci* (49. 14.) L. 8. C. *de his quae ut indign.* (6. 35. Ciò non si applica per le impugnazioni procedenti da altre cause L. 5. § 1. L. 24. D. *eod.* (34. 9.)

(16) L. 8. § 14. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 5. § 1. 6. 16. L. 22. D. *de his quae*

sia minore (17), o se abbia agito soltanto in qualità di padre o di tutore pel suo figliuolo o pupillo (18), ovvero se soltanto in qualità di erede abbia continuato la lite incominciata dal suo autore (19), ma b. diviene indegno eziandio il suo figliuolo o schiavo (20), come pure c. chiunque sia intervenuto nel giudizio come testimone, garante, o difensore dell'attore (21), eccetto solamente l'*advocatus Fisci* (22), anzi d. diviene indegno anche il giudice, che ha deciso per l'attore, quando in un secondo grado di giurisdizione sia riformata la sentenza in favore del testamento (23); nondimeno l'indegnità non si estende se non a ciò che si è lasciato nel testamento impugnato e nelle sue appendici (24), e quando si siano impugnate come false soltanto alcune disposizioni, si estende soltanto a ciò che si sarebbe dovuto ricevere dagli onorati, ai quali si è contrastato (25); C. quando un onorato abbia di poi contrastato al testatore il suo *status* (26); D. quando un uomo scientemente abbia conchiuso un matrimonio vietato, nel qual caso egli si tiene come indegno di qualunque acquisto sul patrimonio della moglie (27), ma la moglie non è colpita da alcuna indegnità (28), tranne il caso che l'impedimento del matrimonio consistesse nell'adulterio da lei prima commesso (29), e per rapporto ai doni sponsalizii (30); E. quando una donna licenziosa, la quale ha avuto commercio con un soldato sia stata da questo onorata, e questa indegnità ha origine da un Rescritto di Adriano (31); e F. secondo il *Sctum Plancianum* sotto Vespasiano anche quando un onorato ha assunto un *fideicommissum taci-*

ut indign. (34. 9.) L. 2. C. *eod.* (6. 35.) L. 13. § 9. L. 29. § 1. D. *de jure fisci* (49. 14) L. 6. C. *ad leg. Corn. de fals.* (9. 22.)

(17) Paul. V. 12. § 3. L. 5. § 9. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(18) L. 22. § 1. 3. L. 30. § 1. D. *de inoff. test.* (5. 2.) § 5. J. *eod.* (2. 18.) L. 22. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(19) L. 22. § 2. D. *de inoff. test.* (5. 2.)

(20) L. 5. § 3. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) Paul. V. 12. § 3.

(21) L. 5. § 10. 11. 15. D. *eod.*

(22) L. 5. § 13. D. *eod.*

(23) L. 5. § 12. D. *eod.*

(24) L. 5. § 7. 8. 14. 17. 18. L. 7. D. *eod.* L. 8. § 15. D. *de inoff. test.* (5. 2.)

(25) L. 4. L. 5. § 14. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(26) L. 9. § 2. D. *eod.*

(27) L. 4. C. *de incest. et inut. nupt.* (5. 5.) L. 2. § 1. 2. L. 13. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 32. § 28. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.)

(28) L. 2. § 2. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(29) L. 13. D. *eod.*

(30) L. 32. § 28. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.)

(31) L. 14. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 41. § 1. D. *de test. mil.* (29. 1.)

tum, nel qual caso egli per verità non diviene indegno in generale, (32) ma nondimeno non può ritenere il legato, che il fedecommessario dovrebbe avere, ma questo dee ricadere al Fisco (33), e senza deduzione della quarta falcidia (34). A questo 3) si aggiunge anche un altro caso che riguarda semplicemente i legati, giacchè secondo un Rescritto di Settimio Severo i liberti che han denunciato il loro *patrono* a cagione di azioni illecite, divengono indegni di ricevere i legati lasciati loro dal *patrono* e questa indegnità è a benefizio del Fisco (35).

2.° Non son quasi men numerosi i casi d' indegnità, nei quali non già il Fisco ma altre persone subentrano nel luogo dell'indegno. 1) Nei legati l'onorato diviene indegno a favore del gravato quando il medesimo A. ha contratta inimicizia capitale col testatore o anche ha soltanto manifestato l'avversione di animo contro di lui (36); quando B. egli ha sottratto l'oggetto del legato, ma se la sottrazione è parziale, solo fino alla quantità sottratta (37); quando egli C., siccome fu deciso da Giustiniano essendovi stata prima controversia su tal punto, ha cercato di sopprimere il testamento del testatore (38), e quando D. non ha voluto assumere l' incarico affidatogli dal testatore di provvedere al suo interramento (39). Dapprima quest'ultima cagione rendeva indegni anche gli eredi, ma ciò fu modificato da un ignota costituzione (40). Al contrario 2) può essere escluso tanto dalla successione quanto dai legati colui che non accetta in tutto o in parte le funzioni di educatore o di tutore che il testatore gli abbia conferite pei suoi figliuoli, pel qual modo egli ed i suoi figliuoli divengono indegni di succedere per le disposizioni di ultima volontà del testatore (41). Ciò che loro vien tolto qui si attri-

(32) L. 59. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 11. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 3. § 4. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(33) L. 17. § 2. D. *de usur.* (22. 1.) L. 18. § 1. D. *de his quae ut ind.* (34. 9.) L. 3. § 4. L. 13. § 6. 7. L. 48. pr. L. 49. D. *de jure fisci* (49. 14),

(34) L. 11. L. 23. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 59. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) Ulp. XXV. 17.

(35) L. 1. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(36) L. 3. § 11. L. 4. L. 22. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 9. pr. § 1. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(37) L. 48. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 5. C. *de legat.* (6. 37.)

(38) L. 25. C. *eod.*

(39) L. 12. § 4. D. *de reliq.* (11. 7.)

(40) L. 5. C. *eod.* (3. 44.) L. 5. C. *de his quae ut indign.* (6. 35.)

(41) L. 28. pr. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 1. § 3. D. *ubi pupill.* (27. 2.) L. 28. § 1. L. 32. L. 33. L. 34. L. 35. L. 36. pr. D. *de excus. tut.* (27. 1.) L. 111. D. *de legat.* I. (30.) L. 5. § 2. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

buisce ai figliuoli, della cui educazione o tutela si era trattato (42). Intanto se si può dimostrare che la disposizione non siasi fatta a cagione dell'educazione o tutela conferita, allora non ha luogo alcuna indegnità (43); di più gli eredi a cagione del rifiuto della semplice tutela non divengono indegni se non quando siano discendenti del testatore (44), ed ancora non reca mai danno l'incapacità di esercitare l'educazione o la tutela (45), ma sibbene la destituzione del tutore a cagione della cattiva amministrazione, la quale viene assomigliata al rifiuto (46). Soltanto per gli eredi 3) s' incorre nell' indegnità A. allorchè i prossimi eredi ab intestato o sostituti pupillari del defunto han trascurato di fargli nominare un tutore, o un *curator ventris*, o un *curator furiosi* nei casi che ne avesse avuto mestieri, se si è indugiato un anno a provvedervi, e quindi la persona è morta senza aver acquistata la capacità di testare, nel qual caso debbono succedere i parenti ab intestato del grado seguente, il che veramente fu introdotto dal *Sctum Tertullianum* solo per rapporto alla madre del defunto, e coll' ammissione di parecchie ragioni di scusa (47), ma da Teodosio II. venne esteso a tutt' i prossimi eredi ab intestato e sostituti pupillari (48); B. quando una madre, la quale esercita la tutela sopra i suoi figliuoli è passata a seconde nozze, senza aver prima reso il conto e senza aver curato che si destinasse un altro tutore, nel qual caso parimenti a benefizio degli eredi più lontani ella non può ereditare dai suoi figliuoli nè ab intestato nè come sostituta pupillare, il che anche fu introdotto da Teodosio II. (49); C. quando i fratelli o le sorelle del defunto gli hanno insidiata la vita, o gli han mossa accusa in giudizio penale, ovvero hanno tentato di fargli perdere il patrimonio, nel qual caso secondo una disposizione di Giustiniano divengono indegni di succedergli, e si fa luogo agli altri eredi (50); D. quando, il che ha pure origine da Giustiniano,

(42) L. 32. D. *de excus.* (27. 1.) L. 5. § 2. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 25. C. *de legat.* (6. 37.)

(43) L. 1. § 3. D. *ubi pupill.* (27. 2.) L. 32. L. 33. D. *de excus.* (27. 1.) L. 28. pr. D. *de test. tut.* (26. 2.)

(44) L. 28. § 1. L. 36. pr. D. *de excus.* (27. 1.)

(45) L. 76. § 6. D. *de legat.* II. (31.) L. 8. C. *de legat.* (6. 37.)

(46) L. 35. D. *de excus.* (27. 1.)

(47) § 6. J. *de Sct. Tertull.* (3. 3.) L. 2. § 1. D. *qui pet. tut.* (26. 6.) L. 2. § 23-46. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.) L. 2. C. *si advers. del.* (2. 35.) L. 8. L. 11. C. *qui pet. tut.* (5. 31.) L. 3. C. *ad Sct. Tertull.* (6. 56.) V. § 140.

(48) L. 10. C. *de legit. hered.* (6. 58.)

(49) L. 6. C. *ad Sct. Tertull.* (6. 56.)

(50) Nov. 22. c. 46. 47. pr.

i prossimi parenti di un demente lo hanno trascurato, ed un altro dopo averne per iscrittura inutilmente richiesto gli eredi, ne ha preso cura fino alla morte, nel qual caso a lui debbe appartenere la successione del demente (51); E. quando i parenti del defunto han trascurato di riscattarlo dalla prigionia, se il potevano, nel qual caso la Chiesa del domicilio del defunto dee conseguire l'eredità per lo scopo del riscatto dei prigionieri (52).

III. Principii comuni sui *caduca* ed *ereptitia* (*)

§ 392. Secondo la teoria vigente per gli *ereptitia*, e da prima anche pei *caduca*, colui che entra nel luogo dell' erede o legatario, che manca, prende sotto ogni rapporto il suo posto. Per conseguenza egli dee soddisfare i legati che a quello erano imposti (1), e se egli era un erede, deve anche assumere i debiti ereditarii (2), ma in cambio egli può parimente come un erede dedurre la quarta falcidia dai legati (3), intentare l'*hereditatis petitio* (4), e far uso dell'*actio familiae herciscundae* (5). E però a rigore parlando l'escluso, se come erede ha perduto per la confusione i suoi dritti, dovrebbe ricuperarli, e così era anche senza dubbio per la caducità; ma nei casi d'indegnità per punizione dell' indegno fu stabilito il contrario (6). Del rimanente affinchè non isfuggisse al Fisco il patrimonio a lui ricaduto, la *lex Papia Poppaea* avea promesso a coloro che ne dessero l'avviso una parte come premio, verisimilmente la metà, il che ebbe per effetto un odioso denunziare (7).

(51) Nov. 115. c. 3. § 12.
(52) Nov. 115. c. 3. § 13. c. 4. § 7.
(*) Heineccius l. c. cap. 10.
(1) Ulp. XVII. 3. L. 8. § 14. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 3. D. *de his quae in test. del.* (28. 4.) L. 9. D. *ad Sct. Silan.* (29. 5.) L. 50. § 2. L. 96. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. § 1. D. *si quis aliquem testari proh. vel coeg.* (29. 6.) L. 12. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 14. D. *de jure fisci* (15. 1.)
(2) Ulp. l. c. L. 18. § 1. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 60. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)
(3) L. 2. § 2. D. *si quis aliquem testari proh. vel coeg.* (29. 6.) L. 3. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(4) L. 3. L. 20. § 10. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 3. pr. D. *de fideic. her. pet.* (5. 6.)
(5) L. 2. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.)
(6) L. 8. L. 18. § 1. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 29. § 1. D. *de jure fisci* (49. 14.)
(7) Taciti Ann. III. 25. 28.; L. 15. D. *de jure fisci* (49. 14.)

Nerone ridusse il premio dei delatori ad un quarto (8), dal che costoro presero il nome di *quadruplatores*. Ma perchè l'importunità dei delatori diveniva sempre più insopportabile, si sentì la necessità non solo di abolire quel premio, ma anche di reprimere con pene le denunzie. Da prima un senatoconsulto di data incerta minacciò ai falsi delatori ed a coloro che gli stimolavano una multa dell'ammontare del premio, che nel caso di una fondata denunzia sarebbe spettato al delatore, ed Adriano estese ciò anche a quei delatori, che citati per giustificare la loro denunzia, non erano comparsi (9). Di più cominciarono alcuni Imperadori a rigettare tutte le denunzie di persone private, ed a negare il premio, siccome fece Antonino Pio (10) e Marco Aurelio, il quale ultimo oltre a ciò dichiarò infami i delatori (11), ed allora seguirono finalmente le minacce dirette di pene contro i delatori e quei che l'incitavano (12), ma la frequente ripetizione delle medesime mostra che era malagevole d'impedire il male radicato, e probabilmente fomentato dagli uffiziali del Fisco per via di premii segreti (13). Al solo *Advocatus Fisci* fu riserbato di dar notizia del patrimonio ricaduto al Fisco (14). Nondimeno più tardi fu partecipato questo incarico anche ai componenti della *schola Palatinorum* e ad alcuni altri, e Giustiniano diè loro anche un piccolo compenso per le loro cure (15). Non per tanto queste disposizioni contro i delatori non riguardarono nel tempo stesso quelli che da sè stessi davano avviso di possedere un patrimonio ricaduto al Fisco. Un Editto di Adriano avea a costoro per la loro onestà promesso la metà del patrimonio devoluto al Fisco (16), e ciò non fu più abolito. In fino a che il Fisco non formò che una parte del patrimonio dello Stato, gli Imperadori Romani non furono troppo propensi a donar molto dalle sue entrate. Ma quando tutte le rendite dello stato cominciarono a rifluire nel Fisco, il gran numero dei casi di confische, di caducità, ed indegnità introdotti a favore del Fisco, fu cagione, che frequentemente i patrimonii devoluti si rilasciassero ad altri sulla loro

(8) Sueton. in Nerone c. 10.

(9) L. 15. pr. § 1. 2. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(10) Capitolinus in Anton. Pio c. 7.

(11) Capitolinus in Marco Anton. c. 11.

(12) Paul. S. R. V, 13. § 1. 2.

(13) *Vopiscus* in Aureliano c. 39.; Aurel. Victor de Caesar. c. 35. L. 2-7. C. *de delator*. (10. 11.) L. 1-4. C. Th. *de petition*. (10. 10.)

(14) L. 5. C. *eod*. L. 3. C. Th. *eod*.

(15) L. 8. C. *eod*.

(16) L. 13. L. 15. § 3-6. L. 16. L. 49. D. *de jure fisci* (49. 14.) Fragm. *de jure fisci* § 1-4. L. un. C. *de his qui se deferunt* (10. 13.) L. un. C. Th. *eod*. (10. 11.)

richiesta. Le petizioni per quest' oggetto, *petitiones bonorum* divennero dopo quel tempo così comuni, che provocarono una moltitudine di disposizioni legali sulle condizioni e forme delle medesime (17), fino a che Graziano per i patrimonii confiscati a cagione di alto tradimento (18), e di poi Teodosio II. per qualunque patrimonio ricaduto al Fisco non vietarono che se ne chiedesse la donazione (19).

(17) L. 8-34. C. Th. *de petition.* (10.10.)
(18) L. 1. C. *de petition. bon.* (10. 12.)
(19) L. 2. C. *eod.*

FINE

INDICE

PARTE TERZA

SEZIONE SECONDA

DRITTO DI OBBLIGAZIONE.

Suddivisione prima. — Principi generali sulle obbligazioni.

PARTE QUARTA

DRITTO DI SUCCESSIONE.



INDICE GENERALE

DELLE MATERIE

I numeri indicano i paragrafi. Se si trovano due numeri con due punti per mezzo, l'ultimo numero indica la nota.

B

D

E

F

G

H

I

L

M

Q

R

S

T

U

V

ERRORI			CORREZIONI
Pagina	10	rigo	12 invece di *retentio* leggete *rotentio*,
P.	74	r.	11 inv. di la l. le.
P.	90	r.	11 inv. di il l. li.
P.	299	r.	9 inv. di capitale l. pena capitale.
P.	305	r.	6 da sotto inv. di ristora l. ristorare.
P.	306	r.	9 da sotto inv. di la l. le.
P.	424	r.	12 la parola nove è superflua.
P.	480	r.	18 inv. di delle l. della.
P.	592	r.	7 da sotto inv. di valevano l. volevano.
P.	608	r.	8 inv. di *laudeniam* l. *laudemium*.

CONSIGLIO GENERALE

DI PUBBLICA ISTRUZIONE

Napoli 11 *Giugno* 1856

Vista la domanda del tipografo Francesco Saverio Lanciano, con la quale ha chiesto di porre a stampa l'opera *Il sistema e la storia del Dritto Romano privato di* Giorgio Cristiano Burchardi *prima* versione dal tedesco del sig. Pasquale de Conciliis.

Visto il parere del Regio Revisore sig. D. Girolamo d'Alessandro.

Si permette che la suindicata opera s' incominci a stampare, però non si pubblichi senza un secondo permesso che non si darà se prima lo stesso Regio Revisore non avrà attestato di aver riconosciuto esser l'impressione uniforme all'originale approvato.

Il Consultore di Stato Presidente provvisorio
Capomazza
Il Segretario Generale
Giuseppe Pietrocola.

